


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



GERMANY

Lehrbuch

der

Pandekten

von

Dr. Alois Brinz,

o. ö. Professor der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen.

Erste Abtheilung.

Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1857.

Druck der Adolph Ernst Junge'schen Universitätsbuchdruckerei.

Dem Andenken

an

seinen Schwiegervater

Johann Baptist von Zenetti

gewidmet

vom Verfasser.

Diese Blätter waren bestimmt, Deine alternden Tage, Du Theurer, so viel als sie dies vermöchten, zu schmücken. Nun folgen sie Dir zu Deinem Grabe. Rang und Orden sind abgelegt, während der Dir angeborene Adel Deiner reinen, freien, liebevollen Seele unter den Deinigen fortlebt. Du warst im Auge derer die Dich kannten jeder Prüfung gewachsen; möchten darin diese Blätter auch nur zu kleinem Theile Deiner werth sein.

Vorrede.

Der erste Anstoß zu der Entstehung vorliegenden Buches lag in dem Wunsche, meinen Pandektenzuhörern etwas in die Hand zu geben, was von den Vorträgen verschieden und aber doch damit in Einklang wäre. Jene sind von Natur aus flüchtiger: dieses Buch sollte ein Gegengewicht werden; jene thun alles, wenn sie mittheilen: dieses sollte den Beweis und zu den Quellen führen; kein Vortrag ist besser, als der sofort gefaßt wird: ein Buch ist besser, wenn es erst denken macht. Wer immer den Vortrag nicht durch ein Buch, und aber auch kein Buch durch den Vortrag ersetzen will, wird mehr ein Lern- als ein Lehrbuch geschrieben haben wollen. Aus diesem meinem Wunsche, daß was ich Lehrbuch nannte, mehr ein Lernbuch wäre, rührt alles her, was an ihm äußerlich auffällt. So vor allem, daß ich Text und Anmerkung nicht in der schroffen Weise schied, als es heutzutage üblich ist; beim bloßen Anblick des Buches sollte sich Jeder sagen, daß die Quellen nichts „Untergeordnetes" seien; beim Lesen aber, daß er ohne Corpus Juris nicht durchdringe; nachdem er gelesen und durchgedrungen, daß

er im Besitze sei. Die Form eines Gesetzbuches, wie die heutige Zeit ein solches denkt: in möglichst wenigen, und in möglichst abstracten Sätzen — konnte mein Ideal nicht sein; nicht etwa blos deswegen, weil der weitaus überwiegende Theil des Civilrechts von keinem Sterblichen sich in dieser Weise beugen und bannen läßt; sondern auch deswegen, weil ich dem Lernenden die Frucht nnd den Reiz seiner vom Kleinen zum Großem, aus der Enge in die Weite strebenden Arbeit nicht vorwegnehmen wollte. Zwischen Recht und Rechtsgeschichte wurde nicht ängstlich geschieden; vielmehr der historische Weg, je nachdem mir die Sache selbst, oder ihr Verständniß auf ihm vorwärts zu kommen schien, unverzagt betreten. So wird zur Genüge erhellen, daß ich nicht habe zwei Herren dienen wollen: dem Schüler und dem Practiker. Dieses Buch gehört dem Lernenden. Indessen darf ich hier wiederholen, daß es für mich blos Eine Jurisprudenz gibt: die Kentniß dessen was Recht ist, und die Kunst, es anzuwenden. Zur Uebung in letzterer ist weder in Pandektenvorlesungen noch in Lehrbüchern Raum; dagegen zur Kenntniß und Erkenntniß dessen, was Recht ist, und es unter uns ist, zu führen, das war der Trieb, der mich bis hieher auf jedem Schritte, auf historischem Wege aber am meisten beseelte; — ich habe die str. j. actiones verfolgt, um unsere „Schulden", „utiles actiones", um unsere Cession, römische Namen, um heutige Begriffe festzustellen; römische Dinge, um heutigen, so viel an mir ist, Platz zu machen. Entschiedenheit vor Allem in der Feststellung des geltenden Rechtes scheint mir eine Lebensbedingung der Jurisprudenz wie des Rechtes, und eine Pflicht des Juristen; sie zu erfüllen war ich nach Kräften beflissen.

Unwillkürlich haben sich aber im Laufe der Zeit manche Bedenken gegen übliche Systeme, Lehren und Auffassungen

bei mir eingestellt, und zu abweichender Darstellung und Lehre gestaltet; dieser Umstand mußte mich in dem Vorhaben, ein Lehrbuch abzufassen, bestärken. Denn wenn ich gleich die Zuversicht habe, daß es nicht bloßer „Skepticismus" ist, was mich bewegt, so treibt mich doch mein Gewissen und die Pflicht gegen meine Zuhörer, das was ich lehre dem öffentlichen Urtheil zu unterstellen. Auch dieses Motiv ist nicht ohne Einfluß auf die Gestalt des Buches geblieben. Um der Prüfung leichter und schneller zugänglich zu werden, sind diejenigen Theile, welche derselben vorzüglich bedürfen, ausgesprochener, als andere, in denen ich oft nur andeutungsweise verfahren bin. So hat namentlich das Obligationenrecht im Ganzen und Großen eine wie mir dünkt leichtere Fassung bekommen.

Im Systeme bin ich zu den Institutionen zurückgekehrt, wiewohl schon Duarenus es als „Unsinn" bezeichnet, ihren personae, res, actiones die ganzen Pandecten unterwerfen zu wollen; — als ob dem Systeme Einheit minder nothwendig sei, als Vielheit! Wenn jene res der Institutionen im älteren Juristenverstande nicht blos Sachen, sondern (Vermögens-) Rechte waren — eine Annahme, zu welcher schon die Erwägung nöthigt, daß man das Mittel- und Hauptstück des ganzen Rechtsinhaltes unmöglich ungenannt lassen konnte —, dann meine ich, fügen sich diesem Systeme nicht nur die Pandecten, sondern alle Zweige des Rechts. Das System des Privatrechtes darf keines für sich sein, sondern muß ein Ausbruch aus dem System des ganzen Rechts sein. Für alles Recht aber gilt zuoberst dieselbe Zweitheilung, welche wir in den Institutionen treffen; das Recht wie es ist und wird — und seine Bestimmungen. Diese zweite Hälfte drängt zu der Frage, was bestimmt sei, und führt zu den Rechten, welche der erste und letzte Gegenstand aller rechtlichen Bestimmungen sind, von dem obersten

Rechte der regia potestas bis herab zu Eigenthum und Forderung. Das Criminalrecht ist nur eine Einschränkung der Königs- oder Volksrechte, ihrer Strafgewalt. Auch wir im Privatrecht haben als den Mittel- und Sammelpunkt aller rechtlichen Bestimmungen Rechte, nicht bloße Sachen, vor Augen; im reinen Privatrecht nur Vermögensrechte; man könnte sie einfach Eigenthum nennen. Von den Rechten sind aber die Personen, als deren Träger, und die Actionen, als die vom Recht nicht blos zur Geltendmachung, sondern, im älteren Sinn des Wortes, auch zur Begründung von Rechten ausersehenen und gestalteten Handlungen, ausgeschieden, und um ihrer allgemeineren, immerwiederkehrenden Bestimmtheit willen auch auszuscheiden. Bezüglich der Personen ist man schon so gezwungen, den engeren Gesichtskreis des Privatrechts zu überschreiten, weil ihre Fähigkeit, selbst zu den Actionen und Rechten der Privatrechte, auf Bürgerthum ruht oder ruhte; aber auch das agere cum populo, die consulares und tribuniciae actiones, das edicere und jus dicere, die ganze Legislation und viele andere Handlungen des öffentlichen, des heiligen wie des weltlichen Rechtes sind Actionen. Die Actionenrechte sind überall nur Theile der Rechte, die Rechte mitunter nichts als Actionenrechte. Von den Rechten ausgeschieden kommen die Actionen nur nach der Form und Gestalt in Betracht, mit denen sie das Recht, ihrem Zwecke gemäß, ausgerüstet hat. Die Lehre vom Civilprozeß ist eine Formenlehre, gleich der von den Rechtsgeschäften. Letztere sind zwar im Institutionensystem unter die Lehre von den Personen und Rechten vertheilt; das konnte mich aber nicht abhalten, ihre allgemeine Betrachtung auf einen Platz zu stellen, an welchen sich der Civilprozeß, wenn ein ganzes Rechtssystem zu geben wäre, sofort anschließen würde.

Durch die Befolgung des Institutionensystems ist der „allgemeine Theil" überflüssig geworden; enthalten doch die Personen und Actionen das meiste von dem, was man in den „allgemeinen Theilen unterzubringen pflegt. Aber die Personen und Actionen der Institutionen sind Pfeiler des Einen Baues; die „allgemeinen Theile" meistens zufällig oder gewaltthätig losgerissene Bruchstücke. Innerhalb der Rechte habe ich Allgemeineres, das Klagrecht, vorausgeschickt, während sonst das Allgemeine wo möglich dem Besonderen folgt. Die Lehre von der prozeßualischen Consumtion wurde nicht vollständig beim Klagrecht überhaupt, sondern zur anderen Hälfte unter der Novation behandelt. Ob ich possessio nicht besser neben der res (Eigenthum), und die prätorischen Stipulationen nicht einfacher blos unter den Cautionen, als beides im Anhang an den Unterschied von Klagrecht und richterlichen Schutz behandelt hätte, darüber bin ich jetzt nicht sicherer als ich es im entscheidenden Augenblicke war. Um so ruhiger meine ich bezüglich der Personen sein zu können, wiewohl Eine fehlt — die juristische. Das sollte meines Erachtens so wenig auffallen, wie wenn die Naturgeschichte unter den Menschen die Vogelscheuche nicht aufführt, — die doch auch eine Person vorstellen soll. So unmöglich es zweierlei Personen gibt, so nothwendig gibt es zweierlei Vermögen; diese zweite Vermögensart soll einen Ersatz bilden für den Abgang der zweiten Personenart. Mangelhafter mag es wieder sein, daß ich die Lehre vom Beweis gar nicht vorgebracht habe, wiewohl sie nicht minder prozessualisch sein dürfte, als die gleichfalls übergangene Collision der Rechte encyklopädisch oder völkerrechtlich.

Mehrere Schriften der neuesten Zeit konnte ich nicht mehr, oder doch nicht mehr in ihrem vollen Umfange benützen. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß von älteren Schriften alles,

was gut und recht gewesen wäre, benützt sei; möglichst viel Literatur anzuführen, lag nicht in meinem Plane; überall die beste, nicht in meinen Kräften. Weiter will ich mich nicht ergehen in Selbstanklagen und Entschuldigungen, durch welche wirkliche Fehler ja doch nicht besser, und rechte Recensenten nicht milder werden. Wenn nur das kein Fehler ist, daß ich dieses Buch überhaupt erscheinen lasse, so will ich jeden anderen auf mich nehmen, und an mir selbst zu bessern trachten.

Die noch übrige kleinere Hälfte desselben hoffe ich in ungefähr einem halben Jahre folgen lassen zu können; möchte schon diese erste dem Lernenden nicht unnützlich, dem Gelehrten nicht unangenehm sein.

Erlangen, den 16. Dezember 1856.

Der Verfasser.

Allgemeine Uebersicht.

Erstes Buch: Vom Pandektenrecht.
Zweites Buch: Von den Personen.
Drittes Buch: Von den Rechten.
Viertes Buch: Von den Handlungen.

Uebersicht des III Buches.

Erster Theil: Die reinen Privatrechte (Vermögensrechte.)

Allgemeines. Insbesondere Klagrecht, nebst Interdikten und Besitz, Prätorischen Stipulationen, in integrum restitutio, Klagenconcurrenz und Exceptionen.

Personeu-Vermögen. { Erster Abschnitt: Die einzelnen Vermögensrechte.
Zweiter Abschnitt: Das Vermögen als Ganzes.

Dritter Abschnitt. Das Zweckvermögen.

Zweiter Theil: Die Familien- und Vormundschaftsrechte.

Inhaltsverzeichniß

(der ersten Abtheilung.)

Erstes Buch: Vom Pandektenrecht.

Zweites Buch: Von den Personen.

Drittes Buch: Von den Rechten.

Erster Theil: Die reinen Privatrechte.

Insbesondere das Klagrecht:

Erster Abschnitt: Die einzelnen Rechte.

1. Die Sachenrechte:

Erstes Buch.

Vom Pandektenrecht.

---

§. 1.

Sein Begriff bestimmt sich als römisches, Justinianeisches, in Deutschland recipirtes, modificirtes, gemeines Privatrecht. Recipirt ist es „in complexu" als geschriebenes Recht (vergl. nun auch Erxleben, Lehrb. des R. R. I. Einleitung in das R. R. 1854 S. 468 fg.), nicht als ein „Complex von Rechtsinstituten." (Leist, dogmat. Analyse I. 1854 §. 6). Wir haben nur einige wenige Römische Rechtsinstitute (z. B. das Testament), dagegen aber zu vielen, überall und auch bei uns heimischen Instituten Römische Rechtssätze recipirt, ja solche auch auf eigenthümlich germanische Institute anzuwenden versucht. Je nach dem Grade, in welchem bei den einzelnen Instituten das fremde oder das einheimische Recht Oberhand oder ausschließliche Geltung gewonnen oder behalten hat, müssen wir hier von römischem, dort von deutschem, hier von deutsch modificirtem römischen, dort von römisch modificirtem deutschem Rechte reden. Modificirend hat auf das römische Recht auch das canonische gewirkt; und die Glossatorenschule: nicht etwa blos durch das, was sie nicht kannte, sondern auch durch das was sie kannte und verwarf. — Durch seine Reception für ganz Deutschland konnte es örtlichen Ausnahmen gegenüber zur Regel, durch seine Vollständigkeit überall zur Aushilfe, durch beides ein gemeines Recht werden (vergl. Wächter, C. G. v.: Gemeines Recht Deutsch-

lands. 1844. 2. Kap.). In Ansehung von ganz Deutschland hat es diese Geltung in beiden Richtungen verloren: durch exclusive Gesetzgebung einzelner Staaten. Nur in Ansehung einzelner deutschen Staaten ist es noch gemeines Recht, bald blos in der einen, bald in beiden Beziehungen. (Vergl. Blume, Encyklopädie der in D. geltenden Rechte I. §. 82. §§. 139—165. 2. Aufl.).

§. 2.

Quellen des Pandektenrechts.

1. Corpus juris civilis, a) Begriff (Erxl. a. a. O. S. 313. S. 319.). b) Name: Sav. Gesch. d. R. R. i. M. III. §. 191. Böcking, Pand. d. r. Privr. oder Justit. ꝛc. I. Anhang V. S. 12. 2. Aufl. 1853.; c) Gestalt und Inhalt zur Zeit der Reception; die fünf Volumina (Sav. a. a. O.). Insbesondere der Pandekten [Sav. a. a. O. §§. 157—163; Erxl. a. a. O. S. 314—316, 328.]; — des Codex [Sav. §. 178, 179. Erxl. S. 314, 316, 329; — *Seb. Brant, expositiones .. titulorum, in lib. 10. Cod.: „Hi „tres libri" codicis qui sequuntur, ab aliis novem ideo separati sunt et seorsum positi, quia tractant de jure publico et nunquam leguntur in scholis;" — „Graeca sunt, non leguntur;" — Authenticae.* Böcking a. a. O. S. 16.]; der Institutionen (Sav. a. a. O. §. 180.); — der Novellen: Authenticum s. Liber Authenticorum [Erxl. S. 316, 318. vergl. mit S. 297. Sav. §§. 181—184. Biener, Gesch. der Novellen Just. 1824]; Authenticae — Auth. Fridericianae — Decima collatio. — Handschriften und Texteskritik: der Pandekten [Sav. a. a. O. §§. 164—177. Erxl. S. 326. Böcking S. 13.]; des Codex [Biener und Heimbach, Beiträge zur Revision des Justin. Codex 1833 S. 1—10.]; der Institutionen [*Prodromus corp. jur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi, 1823.* Böcking S. 13]; der Novellen [Biener, Gesch. der Nov. Abthl. II. Kap. 8, 9. Sav. §. 184.]. — „Die Glosse" [Sav. a. a. O. V. Kap. XLII. §. 91—101. Erxl. S. 320. fg. Ihr Ansehen: Sav. a. a. O. §. 100. a—c: *Villani, de orig. civ. Florentinae,* gegen das Ende des 14. Jahrh. *„quae .. spretis abolitisque penitus aliis solae juxta textus legum appositae sunt, et ubique terrarum sine controversia pro legibus observantur, ita ut pro-*

pemodum nefas sit, non secus quam textui, Glossis Accursii contraire, sicut antiqua fama referente comperi." Statut v. Bologna a. 1306: „.. *descendentes ... Domini Accursii et Domini Francisci de Accursiis patrum et Dominorum omnium Scolarium et Studentium in jure civili per universum Mundum.*" Baldus: „*Adhaereas carocio veritatis, i. e. glossatori, et in perpetuum non errabis.*" Raphael Fulgosius († 1427): „*Nostis, quanta sit auctoritas Glossatoris. Nam heri dixit Cynus* († 1336), *Glossam timendam propter praescriptam idolatriam per advocatos, significans, quod, sicut antiqui adorabant idola pro Diis, ita advocati adorent Glossatores pro Evangelistis. Nam si allego textum, dicunt advocati diversae partis et etiam judices: „Credis tu, quod Glossa non ita viderit illum textum, sicut tu, et non ita bene intellexit, sicut tu?* Und nun: *Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia,* Glück, Comm. I. §. 56; Osenbrüggen: Ueber die Regel, *quidquid etc.* Zeitschr. f. Civilr. und Civilpr. XV. 9. S. 172 fg.]. Verzeichniß der unglossirten Stellen des Corp. jur. civ.: Böcking, a. a. O. Anhang III. IV. — Ausgaben, welche noch auf dieser älteren Gestalt des C. J. beruhen: die volumina separat, „wenn gleich schon seit Ende des 15. Jahrhunderts immer häufiger so, daß aus ihnen ein gleichförmiges Ganze zusammengestellt werden konnte" — glossirt — ein 6. Band. — Unterschiede der glossirten Ausgaben in Betreff der Glosse (Erxl. S. 352 fg. Böcking a. a. O. Anh. V. S. 12, 18.) — — — Aenderungen seit dem 16. Jahrhundert. In Ansehung der Pandekten: Lectio Haloandrina s. Norica (Dig. seu Pandectarum libri L. Ed. Noremb. per Greg. Haloandrum, munificentia ac liberalitate amplissimi ordinis ibidem. 1529, 4). Torellische Ausg.: Dig. s. Pandectarum libri L. ex Florentinis Pandectis repraesentati. Florent. in off. Laur. Torrentini 1553 fol. und die darauf folgenden Ausgaben von Russardus, Contius und Charondas (Erxl. S. 336). Endlich die Brencmann'schen Arbeiten (1709 fg.) und die Gebauer-Spangenberg'sche Ausgabe 1776, vergl. Spangenberg, Einleitung in das Just. Rechtsbuch IV. S. 451—55; — des Codex: Cod. Just. ex repet. prael. *libri XII.,* ex fide antiquorum exemplarium, quoad ejus fieri potuit, a Greg. Haloandro diligentissime purgati, recogniti — Noremb. 1530 fol.;

Jac. Cujacii Comment. in tres post. libros Codicis Lugd. 1562 fol.; Ant. Augustini Constitutionum graecarum Cod. Justinianei collectio et interpretatio. Cum paratitlis, s. scholiis et variis lect. Ilerdae 1567 fol.; und die daraus hervorgegangene Mutterausgabe des Contius in seiner Gesammtausgabe (Lugd. 1571). In letzterer der Text selbst vernachläßigt und wesentlich verbessert erst in der Beck'schen und Kriegel'schen (Emil Herrmann'schen) Ausgabe. Ueberhaupt vergl. Erxl. S. 339 fg.; — der Institutionen: Jean Chappuis Institutiones cum Glossa. Paris. 1503 Haloander Institutionum s. elementorum D. Justiniani libri IV. Noremb. 1529. Die Cujacischen (a. 1585) in die Gebauer-Spangenberg'sche Ausgabe des C. J. übergegangen. Nach Entdeckung des ächten Gajus die Schrader'sche Ausgabe 1832. (Erxl. S. 333; — der Novellen (Biener, Gesch. der Nov. Just. (1824): zwei Handschriften der griechischen 168 Novellen kommen im 15. Jahrhundert nach Italien (Florenz und Venedig), von denen die erstere durch Haloander (*Νεαρῶν Ιουστινιανοῦ βασιλέως, τῶν ἐν τῷ νῦν εὑρισκομένων, καὶ ὡς εὑρίσκονται, βιβλίον* etc. Noremb. 1531 fol.) nebst Uebersetzung von ihm, die andere durch Scrymger (*Αὐτοκρατόρων Ιουστινιανοῦ, Ιουστίνου, Λέοντος νεαραὶ διατάξεις. Ιουστινιανοῦ Εδικτα.* — — Genevae 1558 fol.) nach einer Fugger'schen Abschrift edirt wurde. Auffindung des s. g. Index Reginae (Nov. constt. Imp. Just. expositio, auctore Jac. Cujacio. Lugd. 1570 fol. Im griechischen Urtext: Heimbach, G. F., Anecdota II. p. 237—46); die darauf gestützte Anordnung des Contius (in seiner Gesammtausgabe Lugd. 1571) nebst seiner „zusammengestoppelten" Uebersetzung gilt bis auf Savigny (Beitrag zur Geschichte des Lat. Novellentextes ꝛc. Zeitschr. f. gesch. R. W. II. Nr. 3.) Biener (a. a. O.), und der Auffindung des ursprünglichen (den Glossatoren vorgelegenen) Authenticum (von 134 Nov.), wornach nun in der Beck'schen und Kriegel'schen (Osenbrügg'schen) Ausgabe den griechischen Novellen deren Uebersetzung (Homberg'sche) gegenüber, und das Authenticum in ursprünglicher Gestalt für sich gestellt ist. Was noch zu thun: Erxl. a. a. O. S. 349. — Weitere, durch Aufnahme der griechischen Novellen, veranlaßte Zuthaten zum C. J.: Erxl. a. a. O. S. 349 unten, fg. — Ausgaben des C. J. seit dem 16. Jahrh. (Böcking, Anhang V. S. 19. Erxl.

S. 352.). Weitere Zusätze zu der Glosse in den (bis c. 1630 immer noch) glossirten Ausgaben. Erste nicht glossirte Gesammtausgabe (Separatausgaben der Institt. schon früher unglossirt): Paris 1525—27 bei Claude Chevallon (7 Bde.). Die Glossatoreneintheilung in derselben Zeit verlassen in einer Pariserausgabe ap. Rob. Stephanum, 1527—28. Kritische Bedeutsamkeit der Haloandrischen, Russard-, Contius-, Charondas'-schen Ausgaben (1529—1575); mit den Gothofredischen Ausgaben (erste a. 1583) kommt das „C. j. civilis," die neuere Eintheilung, in ihren Noten aber auch einiger Ersatz für die Glosse und deren spätere Erweiterung auf. Ihre Restauration durch Simon van Leuwen (Elzevir. 1663 fol.): Mutter der späteren Gothofr. Ab- und Nachdrucke. Neueste Epoche: Gebauer-Spangenberg rc.).

2. Corpus juris canonici. [Blume a. a. O. S. 98 fg, *J. Voët, Compendium juris .. adjectis differentiis Juris civilis et canonici. Lugd. 1720*].

3. Reichsgesetze. [Emminghaus, *corpus juris Germanici tam publici, quam privati, academicum*, 2 Bde 1844—52. *Grass: Collationum jur. civ. rom. cum recessibus imp. Rom. germ. etc. 1703—21; 1723*].

4. Praxis. Inwieferne sie Quelle für heutiges R. R. ist. Außer der Gerichtspraxis auch auf die Notariatspraxis (Cautelarjurisprudenz) Rücksicht zu nehmen. Ueber letztere vergl. Ersch, Handb. der d. Lit., seit der Mitte des 18. Jahrhunderts 2. Band Nr. 2740 fg.; über erstere Puchta P. §. 6a. d. e. 6. Aufl. dazu nun: Archiv f. prakt. R. R. W. aus dem Gebiete des Civilr., Civpr. und Criminalr. von Elvers, Schäffer, Hoffmann, Seitz, seit 1852. Auserlesene Civil-Rechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg, herausgeg. von Chr. F. A. Tafel seit 1853, vergl. „Neue Zeitschriften für practische Rechtswissenschaft" (Brinckmann Heidelberger krit. Zeitschrift II, 3. S. 319).

Verhältniß dieser Quellen untereinander.

1. Der verschiedenen Theile des Corpus Juris untereinander: a) Der Institutionen, Pandekten und des Codex. „Justinian selbst wollte sie unzweifelhaft als Ein zusammenhängendes Ganze betrachtet wissen." [Sav. Syst. I. §. 43.

S. 270; nun Schmidt, F. C., Methode der Auslegung der Just. Rechtsbücher 1855] vergl. l. 2. §. 12. §. 23. C. de vet. jur. enucl. (1, 17.), besonders aber l. 3. §. 15. eod.: Contrariam autem aliis legibus legem ex his, quae in hoc volumine positae sunt, non facile quis repererit, si modo ad omnes contrarietatis fines animum intendere festinet; sed inest aliquid diversum: quod adsumtum alterius generis forte hanc et illam legis positionem apparere faciat; — b) dieser 3 Quellenstücke einer= und der Novellen andererseits, sowie der einzelnen Novellen untereinander. Ihr chronologisches Verzeichniß in Biener's Geschichte der Novellen Just. Nr. IV. —

2. Des canonischen Rechts zum Corpus Juris. Verschiedene Ansichten (Glück, Comm. I. §. 77.) ihre Begründung (Sav. a. a. O. §. 42. S. 266 fg.).

3. Der Reichsgesetze und

4. Des Gerichtsgebrauches zu den übrigen (Sav. a. a. O. S. 265. 266.).

§. 3.

Auslegung. Insbesondere des Corpus Juris.

1. Kritik. a) Diplomatische. Allgemeine Handschriften=verzeichnisse: Spangenberg, Einl. in das Röm. Justin. Rechtsbuch ꝛc., handelnd von dessen Quellen ꝛc. 1818; Beck, Joa. Lud. Guil. indicis codicum et editionum juris Justin. prodromus, 1823. Haenel, G., Catalogi libb. Mss. 1830. Aufzählung und Beschreibung insbesondere der Institutionen=Handschriften: Prodromus corp. jur. civ. a Schradero, Clossio et Tafelio edendi, 1823.

„Eine genügende Nachweisung der Handschriften der Digesten und des Codex fehlt uns“ (Böcking a. a. O. Anh. V. 13. unten); s. übrigens außer den obigen Brencmanni historia Pandectarum 1722. Bezüglich der Novellen, Biener, Gesch. d. Nov. Just. 1824. Heimbach, G. E., Authenticum Novellarum constitutionum Justiniani versio vulgata etc. 1846 — 51. Prolegomena. b) Höhere: Auswahl unter handschriftlichen Texten; „eine fertige Vulgata . . hat nie bestanden, und eine Reception derselben war also unmöglich“ (Sav. Syst. I. §. 38. S. 244.);

Beschränkung der Wahl bezüglich der Novellen (Puchta, Pand. 7. Aufl. §. 4. b. und die dort allegirten Schriftsteller); — Berichtigung (Conjecturalkritik): der Worte, wie der Interpunctionen (Sav. §. 39). Eckhard, Ch. H., Hermeneutica juris, cura Walch. ed. 1802, cap. II. de vera legis lectione indaganda. Repertorien, in Verbindung mit den exegetischen überhaupt.

2. Auslegung. a) Der einzelnen Stellen für sich. In grammatischer Beziehung: Eckhard a. a O. cap. III. de latinitate et stilo veterum jurisconsultorum; Ducker, opuscula varia de latinitate veterum JC. ed. J. P. Schmid. Lugd. 1711. Lips. 1783. Cramer, über die Sprache des Codex 2c., Zeitschr. f. Gesch. R. W. II. Nr. 12. S. 308.; Brissonius, de verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione. Lugd. 1559. Hal. 1743 (cur. Heinecc.); Dirksen, thesauri latinitatis fontium juris civ. Rom. specimen, 1834. In logischer Beziehung: nach der historischen Seite hin: Eckhard a. a. O. cap. V. de inscriptionibus et subscriptionibus legum, earumque recto usu in interpretatione; cap. VI. de interpolationibus legum, easque cognoscendi principiis (duplex interpretatio — emblemata Triboniani); — nach der systematischen Seite: Berücksichtigung des Titels (Sav. a. a. O. §. 41. S. 255 fg.), des Zusammenhangs, (Schmidt, F. C., Methode der Auslegung 2c. §. 32—35. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des R. R. 2. Aufl. 1807). b) Der einzelnen Stelle in Vergleich mit anderen. Antinomien: l. 2. §. 15. C. de vet. jure enucl. (1, 17). Justinian: Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet; sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem. Ein neues Mittel, um (im Sinne Justinians) der sonst drohenden Antinomie zu entkommen: Schmidt, a. a. O. §. 29. §. 37—68. Systematische und historische Vereinigung, letztere besonders zwischen Pandekten und Codex (Sav. a. a. O. §. 44. S. 274 fg. §. 43. S. 272 fg.).

§. 4.

Die romanistische Jurisprudenz.

Die Glossatoren: Glosse (Kritik, Exegese; letztere mit Vergleichung, aber nur innerhalb des Autors, d. i. der Just. Gesetzgebung, selbst; allmälig zu „Apparatus" erwachsend); Summä (Anfang zu Systemen, Compendien); Singularia (monographisch); Brocarda (Dogmatik). Der Casus, anfangs der Exegese (namentlich in Vorlesungen) dienend, artet später in Afterpraxis aus. Schriften über den ordo judiciarius und Actionen nebst Formularen, Controversen, Consilia (vorwiegend practisch); quaestiones und disputationes, Unterricht in der Notariatskunst (Uebungen in der Kunst des Rechts) [vgl. Sav. Gesch. d. R. R. im M. A. III. §. 203. §. 204. V. Kap. 41; Kap. 43, §. 113 — §. 115.].

Die Zeit der Commentatoren. Entfernung der Schule von den Quellen und der Praxis; diese durch Consilien gepflogen, während jene im Recht Dialectik treibt. Uebrigens ein Schritt weiter zu eigener Darstellung des Rechts. (Sav. VI. Kap. 47. Kap. 60.)

Wiederaufnahme der Kritik (Polizian, Bologninus, Alciat, Haloander, Ant. Augustinus, Contius rc.) und der Exegese (Cujacius und die französische Schule), nun aus neuen Quellen; (Benützung des von den Glossatoren auf die Seite gelegten, Auffindung neuen Materials) und mit neuen Mitteln (Ueberschreitung der Glosse, der Justinianeischen Gesetzgebung, historische Methode, „bleibende Verbindung mit den Alten." Französische und holländische Schule.) Hugo, Lehrb. der Gesch. des R. R. seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen Gelehrtengeschichte, 3. Aufl. Berlin 1830. S. 201, überhaupt S. 192—428. — Dieselbe Freiheit, wie Cujas für Exegese, nimmt Donellus für das System in Anspruch: Commentar. de jure civili lib. I. cap. 1. §. 13. vgl. Cujas, paratitl. ad D. XVII. 1., aber ohne durchgreifenden Erfolg. Compendien. Legalordnung. Dann Institutionensystem. Puchta P. §. 9. a. Compendien. In der Dogmatik die ramistische, dann die axiomatische und wolfmatische Methode (Warnkönig, jur. Encykl. 1853, S. 323).— In Deutschland vorwiegend praktische Richtung (jurisprudentia romano-germanica-forensis, Consilia, decisiones etc. „die

deutschen Praktiker" des 16. und 17. Jahrhunderts), Warnkönig, a. a. O. S. 321.

Die kritisch-exegetisch-historische Richtung wird antiquarisch („elegant"), innerhalb der systematisch-dogmatischen ein Gegensatz von positivem und Naturrecht erfunden; der von Theorie und Praxis sanctionirt. (G. F. Puchta, Encyklopädie, als Einl. zu Inst. Vorlesungen, 1825. Warnkönig a. a. O. S. 326.)

Die alte kritisch-exegetisch-historische Richtung nennt sich mit Recht seit Hugo und Savigny historische Schule; mit ihrer Hilfe ist der Gegensatz zwischen positivem und Naturrecht zu Gunsten des ersteren überwunden, wiewohl er noch mancherorts, mitunter da, wo man ihn am wenigsten suchen möchte, fortspuckt. Umsonst aber bemüht sich die historische Schule, Theorie und Praxis durch Verbindung auszusöhnen. Die Schule muß — wie es die der Glossatoren that — beiden zugleich dienen.

Uebergang zu den 3 folgenden Büchern.

Auf das Recht (hier Pandektenrecht) an sich d. i. die Lehre von seiner Entstehung (hier Reception), Quelle, Auslegung folgt nun — sein Inhalt. Alle rechtliche Bestimmungen (sein Inhalt) gehen aber auf Personen, Rechte, Handlungen, als ihre allumfassenden Gegenstände (Gaj. I. 8.), von denen aber wiederum der mittlere die beiden anderen in sich schließt (die Personen als Subjecte, die Handlungen theils als Inhalt, theils als Ursache ihrer selbst, der Rechte nämlich), und jeder die beiden anderen. Die Rechte sind aber der letzte Gegenstand (nicht etwa Zweck l. 2. D. de statu hom. 1, 5, oder Inhalt l. 7. D. leg. 1, 3.) des Rechts, so daß wir das erste Buch (von den Personen) und das dritte (von den Handlungen) gewissermaßen im Dienste des mittleren (von den Rechten) behandeln, — es auch nicht tadeln (wenn auch nicht loben) können, wenn Jemand diese drei Bücher „das Recht im subjectiven Sinne" nennen wollte.

Zweites Buch.

Von den Personen.

§. 5.

Alles was das Recht in Betreff der Personen, mit Abstraction von den Rechten und Handlungen, bestimmt, zerfällt in die zwei Fragen: 1) wann eine Person da sei (Begriff der Person); 2) unter welchen Voraussetzungen eine Person Subject von Rechten und Handlungen — nicht ist, sondern — sein kann (s. g. Rechts- und Handlungsfähigkeit). Diese Voraussetzungen sind nichts anderes als Eigenschaften der Person, die sie entweder schlechthin als Person, oder als Mitglied gewisser Personengesammtheiten hat.

§. 6.

Von den letzteren gehören nur Staat, Kirche, und Familie hieher; selbst diese viel mehr um die Verbindung mit dem öffentlichen Rechte aufrecht zu erhalten, als weil Bürgerthum, Christenthum, adeliche und eheliche Abkunft die Rechtsfähigkeit auch noch im Privatrechte bedingten. Ein- und Austritt in Staat und Kirche werden uns denn auch anderwärts gelehrt, während die Familie in diesen und allen anderen Beziehungen, nicht so fast vom Rechte, als von der Schule dem Privatrechte überlassen bleibt. Die der Familie theils neu entspringenden, theils nur sich anpassenden anderweitigen Rechte dem nächsten Buche vorbehaltend, behandeln wir hier die Familie an sich: nach ihrer Begründung und Auflösung, Ausdehnung und Verkleinerung: als Genossenschaften, welche für uns freilich viel mehr darum, daß sie Rechte, als daß sie Rechtsfähigkeit geben, practisch wichtig werden. — — —

Begriff, Entstehung, Eintritt und Austritt aus der Familie.

§. 7.

Im römischen, persönlichen („— nam et in res et in personas deducitur —“ l. 195 §. 1. D. v. s.) und

(A) engsten („proprio“) Sinne des Wortes nennen wir Familie „plures personas, quae sub unius potestate (sunt) aut natura, aut jure subjectae, utputa patrem familias, matremf., filiumf. filiamf., quique deinceps vicem eorum sequuntur, utpote nepotes et neptes et deinceps“ §. 2. eod.

Nicht die bloße Natur („natura“) unterwirft. Wenn nun gleich „die Lehre von der Entstehung und Aufhebung der Ehe für das heutige Recht keine civilistische“ (Puchta P. §. 411) sein sollte (während man doch leichter diejenigen Civilisten aufzählt, welche nicht von ihr handeln, als die anderen): so spricht doch manches dafür, wenigstens das Justinianeische Eherecht den Pandekten vorzubehalten. Nach diesem kann aber

1) der ritus nuptiarum noch immer der alte sein: l. 22. C. de nuptiis (5, 4) Theod. und Valent. a. 428: Si donationum ante nuptias, vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet, ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo liberis jura posse legitimorum auferri, si inter pares honestate personas, nulla lege impediente, fiat consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmetur (cf. l. 66. D. don. inter vir. et ux. 24, 1. — l. 5. D. de ritu nupt. 23, 2?) l. 11. pr. C. de repudiis (5, 17) Justin. a. 528: Jubemus ut quicunque mulierem cum voluntate parentum, aut si parentes non habuerit, sua voluntate maritali affectione (cf. Quintil. decl. 274. und Augustin. can. 6. causa 32. qu. 2.) in matrimonium acceperit: etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint, nec dos data fuerit: tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum conjugium eorum habeatur; non enim dotibus, sed affectu matrimonia contrahantur. Nur aushilfs- und blos standesweise, erst in den Novellen (Nr. 74. Cap. 4. §. 1.) und auch hier vorübergehend (Nr. 117. cap. 4.) wird er kirchlich; was aber eine professio ma-

trimonii apud ecclesiam im tagtäglichen Leben nicht ausschließt (Tertullianus de pudic. cap. 4.: Ideo penes nos occultae quoque conjunctiones, i. e. non prius apud ecclesiam professae, juxta moechiam et fornicationem judicari periclitantur, vergl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts; 2. Band. 1833. Glück, Comm. Bd. 24. §. 1220.). — Die Nothwendigkeit des Consenses für Kinder in väterlicher Gewalt (pr. J. nupt. 1, 10), sowie für minderjährige Frauenzimmer (l. 1, l. 18, l. 20. C. nupt. 5, 4) besteht fort (vergl. Burchardi, Lehrb. des R. R's. II. §. 103.). Was aber

2) matrimonii solutionem anlangt, so ist die wegen Captivität halbwegs beseitiget worden; aber jedenfalls noch vor Justinian (Nov. 22. c. 7. „a majoribus nostris"), so daß der Haupteinwand „gegen die seit Cujas fast allgemein angenommene Meinung einer Interpolation der l. 6. D. div. et rep. 24, 2," wegfällt (Glück, Comm. Bd. 26, §. 1259. vgl. l. 1. D. eod. l. 56. D. sol. matr. 24, 3. l. 12. §. 4. l. 14. §. 1. l. 8. D. capt. 49, 15). Ein anderer Fall der Auflösung fällt mit deren Grund selbst hinweg: Nov. 22. c. 8. — neque eum qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus, wogegen eine sonstige servitus postea emergens noch immer veluti morte secuta separat c. 9. eod. l. 23. §. 6. D. de don. i. v. et. u. (24, 1.) l. 209. D. r. j. Das divortium aber bleibt nicht nur möglich, sondern ursprünglichem Rechte gemäß (l. 2. C. de inut. stip. 8, 39. l. 14. C. de nupt. 5, 4.) frei: möge es bona gratia oder repudio erfolgen; freilich werden schon seit Augustus die Verschuldungen eines divortium (mores) gleich wie willkürliche Absage gestraft, dann zuerst durch Constantin d. G. die Fälle verschuldeter, also strafloser Absage abgegrenzt, [*l. 1. C. Theod. de repud. Constant. a. 331. l. 11. §. 2. C. de repudiis et judicio de moribus sublato 5, 17. Justinian. Nov. 117. c. 8, 9.*] desgleichen die Fälle der occasio justa d. i. unverschuldeter aber entschuldbarer Absage oder entschuldbarer Verlassung (div. ex bona gr. im Just. Sinn) aufgestellt (Nov. 22. c. 5. c. 6. c. 7. c. 9. c. 14.) und vermindert (Nov. 117. c. 11. et 12), ja zuletzt das divortium ex bona gratia im älteren Sinne (l. 9. C. de repud. 5, 17. .. communi consensu tam viri quam mulieris repudium missum cf. l. 6. D. h. t.) von Justinian mit einer einzigen Aus-

nahme verboten (Nov. 117. cap. 10. a: 541.), durch seinen Sohn Justinus aber (Nov. 140. c. 1.) wieder zugelassen. Durch Schärfung der Strafen aber werden die Verbote mitunter fast zu leges perfectae: l. 1. C. Th. rep. cit. — si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. Nov. 117. c. 13. — quatenus .. in monasterium ipsa mittatur, ut quoad vixerit, debeat ibi consistere — wogegen die Strafe des Mannes leichter aber auch nicht mehr blos von der alten Art ist: — si ab his criminibus liberam ejecerit, omnem dotem restituere debet, et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori conjugi facultas dabitur ejus domum invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro injuria sibi illata — vielleicht ein erster Ansatz zu späterer Unauflöslichkeit. Vergl. Nov. 117. cap. 13. a. E.

So die Strafen wegen grundloser Scheidung (vgl. auch noch Nov. 117. c. 10.); die wegen Verschuldung bleiben, abgesehen vom adulterium [*l. 30. C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. Constant. a. 326: Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet. Nov. 134. c. 10. — Mulier vero adultera competentibus poena subjecta in monasterium conjiciatur*], der Art nach dieselben (Nov. 117. cap. 8. pr. cap. 9. pr.,) nur daß es in schweren Fällen nicht blos an die lucra nuptialia geht c. 8. §. 2. cap. 9. §. 4. cit. Nov. 117. c. 10., s. überhaupt Glück, Bd. 27. §. 1272. — An

3. Ehehindernissen im engeren Sinne, welche nicht blos die natürliche (Eichhorn, Kirchenr. II. S. 332.), sondern auch die juristische Fähigkeit zur Ehe (connubium) voraussetzen, oder voraussetzen sollten (non omnes uxores ducere licere — a quarundam nuptiis abstinere debere), bestehen moribus, (die freilich von principales constitutiones gekreuzt wurden Gaj. I. 62. und schon darum der diocletianischen Reinigung bedurft hätten) — vor allem das wegen Verwandtschaft und Affinität. Gaj. I. 58—64. J. de nupt. 1, 10. D. h. t. Collatio mosaicarum et rom. legum, Tit. 6. cap. IV.: ed. Bon. (Gregorianus libro quinto sub titulo de nuptiis exemplum literarum Diocletiani et Maxim. talem conjunctionem graviter punire commemorat). §. 2: — Nefas enim credere est ea, quae in praeteritum a compluribus con-

stat esse commissa, cum pecudum ac ferarum promiscuo ritu ad inlicita connubia instinctu exercendae libidinis sine ullo respectu pudoris ac pietatis irruerint. — — §. 5. Cum quibus autem personis tam cognatorum quam ex adfinium numero contrahi non liceat matrimonium, hoc Edicto nostro complexi sumus: cum filia, nepte, pronepteque: matre, avia, proavia; et ex latere amita, ac matertera, (sorore) sororis filia et ex ea nepte; itemque ex adfinibus privigna, noverca, socru, nuru, ceterisque quae antiquo jure prohibentur, a quibus cunctos volumus abstinere. Dieses jus antiquum siehe in §. 2. §. 3. §. 9. J. h. t. l. 12. pr. — l. 14. §. 1. §. 4.; l. 15. l. 55. pr. §. 1. D. ritu nupt. (23, 2.) Der respectus parentelae dagegen scheint hier immer noch nicht vollständig wiederhergestellt zu sein vgl. §. 3. J. h. t. Ueber den Begriff des Incestes s. l. 68. D. eod. — Die Mandate der Kaiser gegen Ehen von Provinzialbeamten und ihren Söhnen mit Provinzialinnen bestehen fort (l. 6. C. nupt. 5, 4. l. 65. §. 1. D. r. n. 23, 2. etc.). Diesem Ehehinderniß ist das aus der Vormundschaft von jeher an die Seite gestellt worden (l. 63. D. eod. l. 59. l. 36. l. 60. l. 64. l. 67. eod. l. 6. C. de interd. matr. 5, 6.), — Durch Justinian ward nicht nur wieder (l. 1. C. Th. de raptu virg. 9, 24. Constant. a. 320.) die Ehe zwischen Entführer und Entführter für nichtig erklärt (l. 1. C. raptu virg. 9, 13.), sondern jetzt auch die zwischen Ehebrechern (Nov. 134. C. 12.). — Die Ehe während der Trauerzeit bleibt verboten, aber auch giltig (Nov. 22. c. 22. cf. l. 1. l. 8. — l. 11. D. his qui not. inf. 13, 2.). — — Connubium fehlt noch immer den Sclaven (l. 3. C. inc. nupt. 5, 4. Nov. 22. c. 10.) und wird endlich auch den Colonen (adscripticiis) entzogen (Nov. 22. c. 17. vgl. l. 24. C. de agricol. 11, 47.), wogegen das Gesetz von Valentinian und Valens de nuptiis gentilium (l. unic. C. Th. 3, 14. a. 365.) in den Justinianeischen Codex nicht hinübergenommen wurde (vgl. Gaj. I. 56. Collat. 4, 5.). Ein früheres, Juden und Christen trennendes Gesetz dagegen (l. 6. C. Judaeis 1, 9. a. 388.) ist aufgenommen. Die Unebenbürtigkeiten der lex Julia et Pap. Poppaea wurden theils durch Natalium restitutio unschädlich, (vgl. l. 23. C. nupt. 5, 4.) im Uebrigen förmlich aufgehoben (l. 23. cit. Justinian. Nov. 117. c. 6.); die der lex Aelia Sentia und Junia Nor-

bana mußten in Folge der Gesetze de Latina libertate tollenda (C. 7, 6.) und de dediticia libertate tollenda (C. 7, 5.) hinwegfallen. — — Zu denen, welche überhaupt zu heirathen unfähig sind, [*l. 24. C. nupt.; — l. 39. §. 1. D. j. d. 23, 3; — Paul. R. S. II. 19. §. 7; — arg. l. 14. §. 2. §. 3. D. r. n. 23, 2.*] kann man Cleriker und Mönche noch nicht rechnen, [*Nov. 6. c. 1. §. 3.* vgl. mit *l. 5. C. episc. 1, 3.*] wiewohl höhere Weihe neue Ehe hindert (l. 45. eod.). —

Sponsalia, bis zuletzt immer noch nur Verlöbniß (Glück, Comm. 22. §. 1190. S. 384), sind an Form der Ehe gleich (l. 11, D. sponsalibus 23, 1.), können aber eingegangen werden auch von und mit solchen, denen oder mit denen für jetzt noch die Ehe versagt ist, [*l. 10. §. 1. D. his qui not. inf. 3, 2.; l. 14. D. h. t. l. 38. pr. D. r. n. 23, 2.*] wiewohl nicht überall, wo das Ehehinderniß blos temporär ist. l. 15. D. h. t. l. 60. §. 5. D. r. n. Sie sind wohl schon lange nicht mehr klagbar [*arg. l. 2. C. inut. stip. 8, 39*, Glück a. a. O. S. 409. und Bd. 23. §. 1199 — 1202.] und bleiben einseitig aufkündbar l. 2. §. 2. D. div. (24, 2.) l. 1. C. h. t. (5, 1.), wiewohl im späteren Rechte bereits eine justa causa von bloßer Willkür unterschieden und wichtig wird. L. 5. C. h. t. a. 469.

§. 8.

Bei der Unterwerfung durch jus (Rechtsgeschäft) denkt l. 195. §. 1. cit. auch noch an in manum conventio, noch nicht an Legitimation. Die Adoption aber, welche, seitdem es neben ihr eine Legitimation gibt, nicht mehr so leicht zu definiren (Glück II. §. 148.), und außerdem von unserem allgemeineren „Annehmen" (an Kindesstatt l. 132 D. v. o. 45, 1.) zu unterterscheiden ist, fordert überall [was auch Cicero u. A. unter ihrer Adoption durch Testament gemeint haben mögen, vergl. Glück a. a. O. Wang. §. 249. Anmerk. 3.] obrigkeitliche Mitwirkung: Principis auctoritatem — magistratus imperium l. 2. pr. D. h. t.; l. 2. C. h. t.: Diocl. et Max: — Arrogatio, ex indulgentia Principali facta, perinde valet apud Praetorem vel Praesidem intimata, ac si per populum jure antiquo facta esset. l. ult. C. Justinian. a. 530: Veteres circuitus in adoptionibus quae per tres emancipationes et duas manumissiones in

filiis, aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes — censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione .. hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, praesente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat. Competenz ist hier allerdings gefordert (Glück a. a. O. §. 153) aber über welche Partei? (Sintenis §. 132. Anm. 21.). Anzudeuten aber scheint die Stelle, daß dem Richter hier eine causae cognitio nicht zustehe [Kreittmayr, Anm. über den *Cod. Max. Bav. Civ. I.* §. 10. Wang. §. 251. *ab init.* Arndts §. 424, Anm. 1. und ganz besonders Sintenis §. 139. Anm. 24.], während Puchta P. §. 442. Nr. 7. §. 443. Not. v., von dem Argument aus l. 17. §. 2. §. 3. D. h. t. unterstützt, das Gegentheil annimmt. Könnte man auch l. 29, und l. 30. D. h. t. für Puchta anführen? l. 29: Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo, quam sermone, manifestum facere possit, velle se filium suum in adoptionem dare, perinde confirmatur adoptio, ac si jure facta esset. l. 38: Adoptio non jure facta, a Principe confirmari potest. Jedenfalls „in arrogationibus cognitio vertitur, num forte minor 60 annis sit, qui adrogat; quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia justa causa adrogandi: veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare.“ §. 3. Item non debet quis plures adrogare nisi ex justa causa. Sed nec libertum alienum: nec majorem minor — l. 17. pr. Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicujus ad ministravit, si minor 25 annis sit, qui adrogatur: ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit (l. 15. §. 2. D. h. t.). Auf noch mehrere Punkte (affectio, facultates, vita, aetas, liberi) geht die causae cognitio bei der Arrogation eines Pupillen (l. 17. §. 1—4 eod. §. 3. J. h. t.) und überdies ist für eine satisdatio zu sorgen: „se restituturum, quae ex bonis ejus consecutus fuerit, illis, ad quos ea res perventura esset, si adrogatus permansisset in suo statu:“ auch heute noch satisdatio? und an wen statt des servus publicus? l. 17. §. 5. l. 18. l. 19. l. 20. eod. Uebrigens war diese satisdatio schon nach R. R.

nicht mehr so sehr der Forderung als der Sicherheit wegen da l. 19. §. 1. cit. Die Mitwirkung des Adoptanden ist in unserer l. ult. C. cit. (wie in l. 5. D. h. t.) vorsichtig genug auf ein „non contradicere" beschränkt: Etiam infantem in adoptionem dare possumus l. 42. D. h. t. Positiver ist die des Arroganden: l. 5. cit. In Fällen, wo derselbe unmündig oder minderjährig ist, wird die ursprüngliche Untheilbarkeit der Tutel oder Curatel noch festgehalten: l. 5. C. auct. praest. (5, 59); vgl. l. 8. D. h. t. Den Ueberrest ursprünglicher Solennität enthalten noch l. 34. (cf. l. 77. D. r. j.); und (außer l. ult. C. cit.) l. 24. l. 25. §. 1. D. h. t.

Soweit das Geschäft. Was aber die besondere und nicht schon aus dem Begriffe der A. entspringende Fähigkeit a) zu adoptiren (ejus, qui adoptat) anlangt, so fragt sich, ob der Satz: adoptio naturam imitatur (§. 4. J. h. t. l. 16. D. h. t.) blos ein für gewisse Fälle maßgebender Gesichtspunkt (Puchta P. §. 442.) oder ein durchgreifender Grundsatz (Böcking, Pand. §. 286. e.) sei: — nec majorem minor l. 15. §. ult. D. h. t.; plena pubertate praecedere debet — §. 4. J. h. t.; castrati non possunt §. 9. eod.; — spadones adoptare possunt §. 9. cit.; et qui uxores non habent, filios adoptare possunt l. 30. D. h. t. — et in locum nepotis etc. quamvis filium quis non habeat §. 5. J. h. t. Vgl. übrigens l. 39. §. 1. D. j. d. (23, 3.): Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne, ut in castrato dicas dotem non esse; in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est; l. 6 pr. §. 1. D. lib. post. 28, 2. — b) L. 29. D. h. t.: Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo .. manifestum facere possit, velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si jure facta esset. Nicht einmal diese Confirmation scheint heutzutage nöthig zu sein; — c) von einer Fähigkeit adoptirt zu werden aber konnte man niemals, selbst vor jener epistola imp. Antonini (Gaj. I. §. 102.) und jenem rescriptum principis in l. 21. D. h. t. nicht reden. Keine Unfähigkeit, adoptirt zu werden, sondern eine bloße Beschränkung der Fähigkeit zu adoptiren enthalten l. 37. §. 1. D. h. t. — quem quis adoptavit emancipatum vel in adoptionem datum iterum non potest adoptare — und l. 7. C. nat. lib. (5, 27.) Justin. a. 519: —

In posterum sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam. . . Injusta libidinum desideria nulla de cetero venia defendet . . . non arrogationum vel adoptionum praetextus. — Endlich sind von Unfähigkeits-Gründen überhaupt diejenigen zu unterscheiden, aus welchen die A. von der Obrigkeit verweigert werden kann (l. 15. §. 2 — l. 21. D. h. t.), und die also von ganz anderer juristischer Bedeutung sind.

Schon der Definition unserer familia gemäß wurde man bei den Römern durch A. nicht immer gerade filiusf. filiaf. sondern auch nepos, neptis etc. (mehreres hierüber s. l. 10. l. 11. l. 15. §. 1. l. 43. l. 44. D. h. t.); und bei der Arrogation nicht blos in eigener Person unterworfen l. 2. §. 2. l. 40. pr. eod. Später aber wurden Adoptionen zugelassen, zufolge deren das Adoptivkind weder filiusf. noch filiaf., überhaupt keiner p. potestas unterworfen werden konnte, (Gaj. I., 104. l. 5. pr. C. h. t. Diocl. und Max. §. 10. J. h. t.) und anderseits wurde, von Erbrechts wegen, das Recht (nicht die Fähigkeit, in A. zu geben), derart beschränkt, daß die A. e. S. nurmehr in zwei Fällen [*l. 10. C. h. t. Justinian. 530.* s. bes. §. 4; §. 2. *J. h. t.*] in eine andere Familie versetzt. Nichtsdestoweniger wird das Adoptivkind weder hier noch dort ein bloßes Pflegkind, aber auch nicht etwa Mitglied eines weiteren Familienkreises.

Eine weitere Betrachtung der Wirkungen der A. findet hier nicht statt, weil sie zu den Familienrechten gehören.

§. 9.

Die Legitimation, 1) per subsequens matrimonium, von Constantin d. G. und Zeno denen, quibus . . nulla ex justo matrimonio legitima proles suscepta est, aber auch nur denen, qui tempore hujus sacratissimae jussionis . . prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint, verheißen (l. 5. C. nat. lib. 5, 27. a. 476), wird erst durch Justinian, und aus einem neuen Motive [*ne posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant, quasi justi et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes, hujusmodi iniquitatem amputandam censemus. Cum enim adfectio prioris sobolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem*

filiorum edendam progeniem praestiterit occasionem, quomodo non est iniquissimum, ipsam stirpem secundae posteritatis priorem quasi injustam excludere: cum gratias agere fratribus suis posterioribus debeant, quorum beneficio ipsi sunt justi filii, et nomen et ordinem secuti?] zu einem ständigen Institute: Quapropter sancimus in hujusmodi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instr. editi sunt sive postea, una eademque lance trutinari, et omnes filios suos in potestate suis existere genitoribus — l. 10. C. eod. a. 529. Trug der Gesetzgeber oder der Ausleger die Schuld, wenn dieses Gesetz quidam putaverunt sic interpretari, ut sive non progeniti fuerint post dotem conscriptam liberi, sive jam ab hac luce subtracti, non anteriores filios justos haberi —? l. 11. eod. a. 530. vergl. Nov. 74. praef. pr.; natürlich wurde diese Meinung verworfen (ll. citt.), die Begründung der weiteren Fassung aber künstlich. Vergl. Nov. 89. c. 8. pr. in fin. — Eine neue Grundlage spricht c. 6. X. qui filii sint legitimi (4, 17.) aus: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur; — daß nun aber Nov. 89. c. 11. pr. [— *tunc hoc volumus obtinere, dum et filii hoc ratum habuerint*], wegfalle (Glück II. §. 142, Seuff. §. 477) ist zu viel gefolgert; wogegen eine legitimatio minus plena allerdings als nothwendige Folge der leg. per. subs. matrimonium anzunehmen (Puchta P. §. 440; Arndts §. 421), eine Präsumtion für Einwilligung des Kindes aber (Cod. Bav. Max. juris civ. I. V. §. 8. Nr. 2.) schon in den Worten der Nov. cit. begründet ist. — Concubinenkinder setzt unsere L. nicht mehr voraus, wohl aber deren Erkennbarkeit. (Sint. §. 138. III. 1. Puchta P. §. 440. Nr. 1. Arndts §. 421, 1.). — Darüber wie §. 13. J. de nupt. (1, 10):

> Is qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur; *quod aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit*

zu erklären sei, und die verschiedenen Ansichten s. Vang. P. §. 255. Anm. 3. Wenn da, wo matrimonium interdictum, auch unsere L. unmöglich ist, so scheint anderseits durch Dispensation mit

der Ehe auch die Legitimation, selbst der adulterini und incestuosi liberi möglich zu werden. Mit c. 6. X. 4, 17. cit. vergl. c. 3. c. 6. X. de eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium (4, 7.). Vang. a. a. O. Anm. 2. Jene ursprüngliche, aus Rücksicht auf legitima suboles (vergl. auch noch Nov. 74. c. 1.) entsprungene Einschränkung endlich ist durch Nov. 89. c. 8. pr. beseitiget.

2) Per rescriptum Principis ward anfangs gleichfalls nur privilegienweise (Liv. 38, 36. l. 57. §. 1. D. r. n. 23, 2), dann zwar von Rechtswegen, aber nur aushilfsweise, (Nov. 74. praef. §. 1. §. 2. — post mortem matris — per id quod illa peccavit — muliere celata cf. Nov. 89. c. 9.) legitimirt; natürlich also nur unter denselben Voraussetzungen, wie per subs. m. (nov. 89. c. 9. pr. c. 10.); ja eine, die dort aufgegeben wurde, ist hier, nicht blos aus Uebersehen, stehen geblieben. (Nov. 74. c. 2. §. 1. Nov. 89. c. 11. §. 2). Daß heutzutage der Regent von der Subsidiarität und den sonstigen Schranken dieser L. — aus Gnade — absehen könne [Vang. a. a. O. Anm. 1. Sint. §. 138. Anm. 51. Seuff. §. 478. Glück §. 143] versteht sich nicht von selbst (s. Glück a. a. O. Anm. 26).

Die legitimatio ex testamento, nicht per testamentum, und nicht sowohl eine „Unterart" der leg. per rescr. princ. (Vang. a. a. O. Anm. 2.) als eine besondere Form der Veranlassung des Rescripts, scheint die in der Nov. 74. cap. 2. §. 1. — vergl. Nov. 89. c. 10. — genannten Umstände [*si pater propter fortuitas quasdam circumstantias preces imperatori non obtulerit — moriens vero . . in testamento scripserit, se velle, ut liberi legitimi sint sibique succedant* — von denen aber besonders die Verbindung der Legitimation mit der Einsetzung noch zu erklären ist —] nicht nothwendig vorauszusetzen, wie Marezoll (über die s. g. legit. per test. Zeitschr. für Civilr. u. Proz.. I. S. 78. fg.) meint; also auch nicht bloßes Surrogat für die leg. per rescr. principis zu sein. (Vang. a. a. O. Sint. a. a. O. Anm. 49.)

§. 10.

Von der Auflösung unserer familia (pr. — §. 5. J. h. t. 1, 12. Nov. 12. de incestis et nefariis nuptiis c. 2.) unter-

scheiden wir den Austritt von Kindern 1) zur Strafe des Vaters: cap. un. X. 5, 11. de infantibus et languidis expositis (cf. l. 2. C. inf. exp. 8, 52. Nov. 153.); l. 6. C. de spectaculis et scen. et lenonibus (11, 40.) l. 12. C. episc. aud. (1, 4); — 2) zu Ehren des Kindes §. 4. J. h. t. l. ult. C. consul. (12, 3.) Nov. 81. c. 3. [Glück II. §. 156. Puchta P. §. 445. e.: „Von diesen Gesetzen ist heutzutage keine Anwendung zu machen" — es wäre denn ein Bischof noch in väterlichem Brod; vgl. Arndts §. 426. Anm. 1.]; 3) eine Befreiung durch Usurpation läßt Glück a. a. O. Nr. 5. nicht zu; wohl aber durch Nonusus; Böcking P. §. 290. not. e. verwirft auch diesen, und zwar aus guten Gründen, trotz l. 1. C. patr. pot. (8, 47.): Si filium tuum in potestate tua esse dicis, Praeses provinciae aestimabit, an audire te debeat: cum diu passus sis ut patrisf. res ejus agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt — und l. 25. pr. D. h. t.: Post mortem filiae suae, quae ut materf. quasi jure emancipata vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non jure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur. 4) Durch Emancipation. Die alte Emancipationsform drängte durch eine ihrer Solennitäten zu der Anastasischen (l. 5. C. h. t. 8, 49. a. 503.): durch die anderen zur Justinianeischen, die keine neue, sondern die reformirte alte ist. Neben der Anastasischen (l. 5. C. h. t. a. 503.) bestund die alte noch fort; erst die Justinianeische trat an die Stelle der alten und neben die Anastasische, aber ohne sie überflüssig zu machen. L. 6. C. h. t.: Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles et injuriosa rhapismata . . . jubemus . . . licentiam ei esse qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro Rescripto intrare competentis judicis tribunal, vel eos adire magistratus, quibus hoc facere . . vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est et filios suos . . . vel deinceps progeniem a sua manu dimittere; et legitima jura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit; et peculium donare vel alias res liberalitatis titulo in eos transferre; et eas res quae acquiri

indignantur, per usumfructum secundum nostrae Constitutionis modum detinere et omnia facere: vana tantummodo .. observatione sublata. Justinian. a. 531. cf. §. ult. J. leg. agn. succ. 3, 2. u. §. 6. h. t. Das Erforderniß der Anwesenheit des Emancipanden, wegen dessen die Anast. E. eingeführt wurde, (l. 5. C. h. t.) wird für die Justinianeische mit Recht festgehalten. (Puchta P. §. 445. 2. Glück II. §. 159. Anm. 58. vgl. Theoph. ad J. h. t. §. 6: „Τόνδε ποιῶ ἐμαγκιπατὸν, καὶ τῆς ἐμαυτοῦ ἀφίημι χειρός.“) Ein anderes ist die Einwilligung, welche selbst für erstere die Regel bildet (l. 5. cit. in fin. Nov. 89. c. 11. Paul. R. S. II. 25. §. 5.); wenn E. gleich keine Strafe ist [*l. 92. D. cond. et dem. 35, 1. — praemium emancipationis — l. unic. C. de ingrat. lib. 8, 50.*]: außer bei Adoptivkindern. Hier ist ein solches — unter Umständen einer causae cognitio unterliegendes — Strafrecht dem pf. nicht abzusprechen (§. 3. J. adopt. 1, 11. Theoph. paraphr. ad h. t.) und darnach wird denn die neuere Controverse, ob auch das Adoptivkind einwilligen müsse [Buchholz, jur. Abh. Nr. 17.; Sint. §. 139. Anm. 36; Puchta P. 445. h.] mit Vang. §. 257. Anm. Abs. 2. zu entscheiden, und l. 132. D. V. O. (45, 1.) wie l. 10. pr. C. adopt. (8, 48.) mit demselben zu würdigen sein. — Dafür können Adoptivkinder, wo dies nützlich, gerecht (impuberes arrogati) und billig scheint (l. 31. l. 32. pr. l. 33. D. h. t.) auch E. verlangen, wogegen diese sonst, mit Einer Ausnahme [*l. 5. D.: si a par. quis manum. sit. 37, 12.* — der Fall in *l. 92. D. cond. et dem. 35, 1. cf. l. 114.* §. 8. *D. leg. I.* ist keine Ausnahme —] vom Vater abhängt. 5) Durch adoptio plena (§. 8. J. h. t.).

Die Auflösung der familia engsten Sinnes aber ist zugleich Entfaltung der

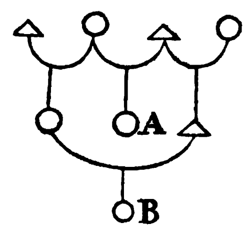
§. 11.

Familie im (B) weiteren Sinne des Wortes: — — Etsi patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent: tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt l. 195. §. 2. D. v. s. (50, 16). Man bemerkt hier eine (grammatisch unklare) engere und weitere Fassung (qui sub etc. und qui ex etc.); nur die letzte bietet Raum für alle Agnaten, deren

Inbegriff denn auch am Anfange dieser Stelle mit unserer familia identificirt wird: Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam etsi etc. Freilich wäre selbst diese, wie eine andere Legaldefinition der Agnaten (qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt l. 7. D. leg. tut. 26, 4. Gaj. III. 10. etc.) noch zu eng und zu weit, (Böcking, Inst. §. 50. c.) wenn sie nicht am ursprünglichen oder doch gewöhnlichen Bestand der F. hat festhalten wollen. Denn auch Adoption bewirkt Agnation: l. 4. §. 2. D. grad. et aff. (38, 10.) (s. jedoch l. 43. l. 44. D. adopt. 1, 7.), und wäre man auch eadem domo et gente proditus, so könnte man doch aufhören, Agnat zu sein: l. 4. §. 10. D. grad. et aff. Gaj. III. 21. — Eine antike, jedoch auf die hereditas beschränkte (Gaj. III. 14.) Agnatentafel s. bei Cujac. obs. l. VI. c. 40. (Tit. ex corp. Ulp. iterum ed. Ed. Böcking Bonn. 1836).

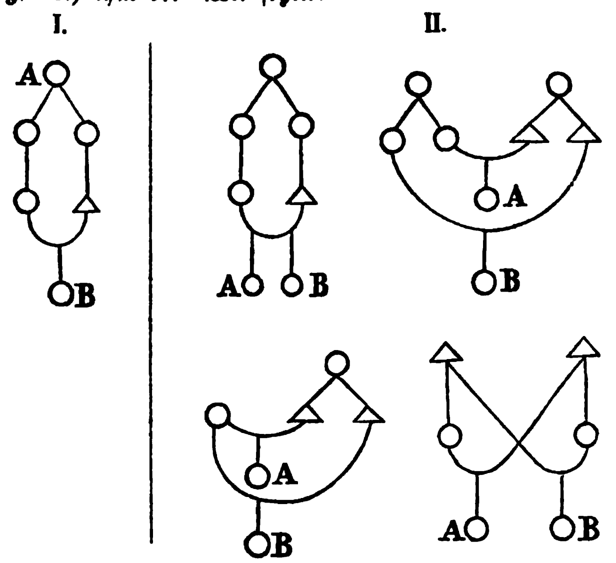
§. 12.

(C) Familie im weitesten Sinne: — Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur l. 195. §. 2. D. V. S. (50, 16). Die Herkunft von einem gemeinschaftlichen „genitor" ist planius zu verstehen: l. 10. §. 6. D. grad. et aff. (38, 10.); und dann allenfalls auch von einem Paare; es gäbe sonst auch keinen Unterschied von voll- und halbbürtiger Verwandtschaft. Uebrigens denken wir bei der Abstammung Mehrerer von „Einem Paar" eine mehrmalige Paarung natürlich desselben Paares und war demnach keine Gefahr da, etwa



den A. und den B. vollbürtige Verwandte zu nennen; und keine Nothwendigkeit, zu definiren, daß man von dem „vollen Paare als Paar" abstammen müsse, um vollbürtig zu sein. (Hugo, im civ. Magaz. IV. Nr. 7.: Unterschied der voll- und halbbürtigen Verwandtschaft). — Hingegen aber ist es unbestreitbar,

daß „wenigstens der erste Mensch (Adam) .. mit seinen Nach„kommen gewiß nicht durch seine Voreltern verwandt“ war (Hugo, das.), also wohl auch unsere eingangs mitgetheilte Definition nicht alle Verwandtschaft umfaßt. Und abermals wahr ist es, daß „der Unterschied zwischen gerader Linie und Seitenlinie beim Begriffe wesentlich“ sei (Hugo, das.); würde uns doch außerdem namentlich die mehrfache Verwandtschaft niemals klar, die selbst bei Hugo (a. a. O.) noch dunkel ausgedrückt ist, geschweige denn bei den Vielen, die nicht daran denken, diesen Unterschied der einfachen Verwandtschaft auch innerhalb der (natürlich) mehrfachen Verwandtschaft zu suchen. Puchta (P. u. Vorl. §. 40.) thut es. Wir setzen:



Die genannten Personen stammen mehrfach: bald von einander (I.) — bald miteinander ab, indem sie nämlich mehrere genitores (oder genitrices, oder Paare) gemein haben (II.). — Nur sanguine brauchen die Cognaten zusammenzuhängen (l. 4. §. 2. D. grad. et aff.); aber ausnahmsweise müssen sie es nicht (l. 23. D. adopt. 1, 7. l. 1. §. 4. unde cogn. 38, 8). Umgekehrt möchte der Zusammenhang des Blutes da sein, auf Vatersseite aber den gewöhnlichen Beweismitteln leicht unzugänglich bleiben. Darum zwei Präsumtionen für eheliche Vaterschaft: l. 5. D. de in jus voc. 2, 4.;

l. 12. D. statu hom. (1, 5.) l. 3. §. 11. §. 12. D. suis et legit. (38, 16.) vgl. l. 4. C. postum. (6, 29). Ueber ihre Zerstörbarkeit s. l. 6. D. his qui sui (1, 6). Eine eigene, mit der vorigen verwandte, nicht aber identische Präsumtion wird bei uns zum Beweise unehelicher Vaterschaft benützt, und ist denn auch einem eigenthümlichen Gegenbeweise ausgesetzt. (Busch, Grund der Verbindlichkeit des Erzeugers, sein uneheliches Kind zu ernähren, Archiv f. civ. Pr. XXIII. S. 228. Seuff. §. 428. Anm. 7. Sint. §. 138. Anm. 40, 3). Aber auch das R. R. hat für die naturales liberi immer (C. de lib. nat. 5, 27.), und wo ihm daran liegt, auch für die vulgo quaesiti einen Vater (l. 14. §. 2. D. r. n. 23, 2. l. 23. D. statu hom. 1, 5.), wiewohl gerade er besonders häufig incertus, und wenn auch certus, in gewissem Sinne nicht pater ist l. 23. cit. Gaj. I. 64. §. 12. J. nupt. (1, 10). — Was den Beweis e h e l i c h e r Abkunft noch außerdem anlangt, so legte (wir meinen dann, wenn die Ehe selbst ungewiß, mithin die auf ihr beruhende Präsumtion nicht zu brauchen war) schon das classische Recht besonderes Gewicht auf das Wort des Vaters (l. 29. D. prob. 22, 3.), und nichts als eine nähere, freilich auch engere Bestimmung dieses Wortes möchte Nov. 117. c. 2. gewollt haben. Daß sie liberi naturales voraussetze und eine dritte Art Legitimation enthalte, hat wohl beides der Verfasser der Authentica (in Auth. „ut liceat matri etc.") angenommen. S. dag. Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 422. Nr. VI. Daß jener Beweis keinen Gegenbeweis zulasse, scheint Mühlenbruch (P. §. 205. Anm. 9.) anzunehmen, wogegen Leyser a. a. O. Puchta, P. §. 41. not. i. Seuff. §. 40. Anm. 2. — Kommt ein Kind in der Ehe, aber vor dem 182. Tage zur Welt, so muß die Frage der Legitimität von der der Vaterschaft getrennt werden. Ueber erstere ist durch l. 11. C. nat. lib. (5, 27.) Justinian. 530. cf. Nov. 89. c. 8. §. 1. entschieden; daß hier ferner Vaterschaft des Ehemannes nicht vermuthet werde (Seuff. §. 40. 1.) ist unzweifelhaft; dafür aber, daß dieser „Mangel durch des Letzteren Anerkennung des Kindes vollkommen gehoben werde", (Seuff. a. a. O.) spricht wenigstens kein Gesetz, da l. 11. C. cit. u. Nov. 117. c. 2. nur die Legitimität, nicht die Vaterschaft in Frage stellen. Mehr als eine Präsumtion für Vaterschaft des Ehemannes schöpft denn auch das Erkenntniß

des Obertribunals zu Berlin, (Seuff. Archiv. III. Nr. 299.) aus jener Anerkennung nicht; einen Behelf für dieselbe findet es in l. 41. D. lib. causa (40, 12.) u. l. 7. C. ord. cognitionum (7, 19).

Vollkommener, als unsere eingangs angeführte Definition, ist die bildliche (geometrische) Vorstellung von der Blutsverwandtschaft in l. 9. D. de grad. et aff. (38, 10.): *Στέμματα* cognationum directo limite in duas lineas separantur, quarum altera superior, altera inferior. Ex superiore autem et secundo gradu transversae lineae pendent — eine Vorstellung, der die Darstellung (s. Böcking am oben, §. 11. a. E., a. O. Fig. I. Schrader'sche Inst. Ausgabe zu J. III. 6.) entspricht, nur daß sie die Seitenlinien vom ersten Grade ausgehen läßt. Uebrigens wurzelt auch der mittelalterliche Baum schon bei den Römern (l. 2. C. suis et leg. 6, 55. Diocl. et Max. Mos. et Rom. LL. Coll. Tit. XVI. c. 2. §. 8. ed. Bon.) — . . quoties quaeritur, quanto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, cujus de cognatione quaerimus; et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea sursum versum vel deorsum tendentium, facile invenimus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus. Nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: similiter enim accedentibus singulis, crescit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus; sic frater secundo gradu est; quoniam patris vel matris persona, per quos conjungitur, prior numeretur. Das ist mit dem Finger gezählt. Minder tabellarisch ist die vielleicht an §. 7. J. grad. (3, 6.) anknüpfende, von Theophilus ad J. de leg. agn. succ. III. 2. pr.) reichlich ausgeführte, und auch schon benannte Zählungsweise: — *ὅσαι γεννήσεις, τοσούτους καὶ βαθμοὺς εὑρήσεις.* — Namentlich ist hier auch bezüglich der Seitenverwandtschaft die s. g. römische Computation vorgezeichnet: — *ἐπὶ δὲ τῶν ἐκ πλαγίου δυσχερεστέρα καὶ οὐκ εὐκατάληπτός ἐστιν ἡ τῶν βαθμῶν εὕρεσις. Δεῖ γὰρ ἡμᾶς οὐκ εὐθέως τρέχειν ἐπὶ τὸ ἐκ πλαγίου πρόσωπον, ἀλλὰ πρότερον ποιεῖσθαι τὴν ἀνάβασιν ἐπὶ τοὺς ἀνίοντας, μέχρις οὗ ἐπιστῶμεν ἐκείνῳ, τῷ αἰτίῳ τῆς γεννήσεως τοῦ ἐκ πλαγίου· εἶτα τοῦτο εὑρόντας κατιέναι ἐπὶ τὸ ζητούμενον πρόσωπον τὸ ἐκ πλαγίου καὶ οὕτως πάσας ἀριθμεῖν τὰς γεννήσεις τὰς*

συναγομένας, τοῦτο μὲν ἐπὶ τῆς ἀνόδου, τοῦτο δὲ ἐπὶ τῆς καθόδου· ἑκάστην γὰρ γέννησιν ἐν ἰδίῳ τάττων βαθμῷ, ποιοῦ τὸν ἀριθμόν. — Wie viele Personen in einem Grade stehen können, ist nur für Eine Linie bestimmbar; dagegen wie vielerlei, in allen; und in l. 10. §. 12. — §. 18. D. h. t. de grad. et aff. (38, 10.) bis in den 7. Grad dargestellt. Es ist übrigens längst (Baronius) bemerkt, daß in dem 5. Grade per errorem calculi 184 statt 192 Arten aufgezählt sind. — Diese Familie kann nur aussterben, und nur diejenigen Mitglieder durch künstlichen Tod verlieren, die sie durch künstliche Geburt erworben hat.

§. 13.

Nur als Blutsverwandtschaft (l. 4. §. 10. D. eod.) wird die Familie weitesten Sinnes durch die Verbindung von einem ihrer Glieder mit dem einer anderen affinis zu diesem. Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis fidem accedit: namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis l. 4. §. 3. eod. Daß sie nur zu diesem affinis wird, ist sicherer in c. 5. X. cons. et aff. (4, 14.) enthalten: — licet omnes consanguinei viri sint affines uxoris et omnes consanguinei uxoris sint viri affines, inter consanguineos tamen uxoris et consanguineos viri ex eorundem scilicet viri et uxoris conjugio nulla prorsus est affinitas contracta, propter quam inter eos matrimonium debeat impediri. Wir haben Namen, nicht für die Affinität, sondern nur für gewisse Arten derselben (Böcking, Inst. §. 55. l. 4. §. 4. §. 6. D. eod.). In Betreff der gradus scheinen sich l. 4. §. 5. und l. 10. pr. eod. (nicht so die Inscription letzterer Stelle) zu widersprechen (gradus . . affinitati nulli sunt. — Jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet). Prinzipmäßig kam das canonische Recht auf Grade: c. 1. C. 35. qu. 10.: dixit Adam: „quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem et adhaerebit uxori suae et erunt duo in carne una; c. 3. C. 35. qu. 5.: — si secundum divinam sententiam ego et uxor mea sumus una caro, profecto mihi et illi mea suaque parentela propinquitas una efficitur, quocirca ego et soror uxoris meae in uno et primo gradu erimus, filius vero ejus in

secundo gradu erit a me, neptis vero tertio: idque utrinque in ceteris agendum est — qui vero aliorsum sentiunt, antichristi sunt. Ein solcher war Johannes Andreae nicht: — affinitas non habet suam specialem computationem graduum, sed computantur gradus affinitatis secundum gradus consanguinitatis. Si ergo consanguineus tuus cognoscat mulierem, si vis scire, quanto gradu affinitatis attinet tibi illa mulier, vide, quoto gradu est tibi ille consanguineus, toto mulier est tibi affinis, et semper in primo genere (declaratio ad arborem affinitatis, im Böhmer'schen Corp. J. Canon. nach caus. XXV. qu. 5.). Darnach gab es denn auch Linien, während die Römer nur diejenigen auszeichneten, welche parentium liberorumque loco habentur. — Obwohl ferner die divina sententia nur Mann und Weib unam carnem sein ließ, wich man dennoch vom R. R. (l. 4. §. 3. §. 8. D. eod.) ab, und fand auch in einer copula „illicita“ Grund zur Affinität. c. 6. c. 7. c. 10. u. 11. X. de eo, qui cognovit consanguineam uxoris (4, 13). Indessen scheinen doch auch die Römer in solchen Fällen sich zwar nicht zur Affinität, wohl aber zu deren Wirkung hingeneigt zu haben arg. l. 14. §. 3. D. r. n. (23, 2). Hingegen mag wiederum die Aufstellung eines secundum und tertium genus affinitatis [*Gratian.* zu *c. 21. C. XXV. qu.* 2. Joh. Andreae in derselben *declaratio* zum *arbor aff.* §. 4.] mit jener unio carnis zusammengehangen haben; vielleicht aber auch mit l. 15. D. r. n. (23, 2.): Uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet: nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privignae maritus fuit (vgl. Walter, Lehrb. des Kirchenr., 5. Aufl. §. 325. not. m.). Bei den Römern war die Affinität nicht dauerhafter als ihr Grund: Gaj. I. §. 63. — quae nobis quondam socrus aut nurus aut privigna fuit — l. 3. §. 1. D. postul. (3, 1), wogegen c. 1. C. 35. qu. 10: (unter Berufung auf dieselbe divina sententia, dann auch auf physikalisch-chemische Gründe) a. 621. — uno defuncto, in superstite affinitas non deletur. Aber auch nach R. R. stunden sich die ehemaligen Affinen, und die es niemals gewesen, was Heirat anlangt, nicht gleich. So ist es kein Zufall, daß einerseits: Uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet; nec in matrimonium convenire novercam ejus,

qui privignae maritus fuit, (l. 15. D. r. n. Gaj. I. 63.) während si qua mihi uxor fuit, deinde a me repudiata nupsit Sejo, quem ego postea adrogavi, non sunt nuptiae incestae (l. 12. pr. D. eod.). Hiemit nicht im Widerspruch ist es, daß si uxor mea post divortium alii nupserit, et filiam susceperit, putat Julianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis ejus abstinendum (l. 12. §. 3. eod.), wiewohl diese Stelle einen neuen Satz enthält. Aber auch l. 14. pr. u. §. 1. ist selbst in Vergleich mit l. 12. pr. cit. nicht unerklärlich: Adoptivus filius si emancipetur, eam quae patris adoptivi uxor fuit, ducere non potest, quia novercae locum habet. Item si quis filium adoptaverit, uxorem ejusdem, quae nurus loco est, ne quidem post emancipationem filii ducere potest; quoniam aliquando nurus ei fuit.

Letzteres mahnt uns an die s. g. Quasiaffinität, welche aber auch noch in einem anderen Falle vorkommt: l. 12. §. 1. §. 2. D. eod. l. 6. §. 1. D. grad. et aff. (38, 10.).

§. 14.

Die Familie weitesten Sinnes ist, von einer geringen römischen Beimischung, dann von den aus ihr allenfalls entspringenden Rechten abgesehen, juris naturalis (cf. pr. J. de jure nat. (I. 2.) darum nothwendig, und ohne Reception, auch unser. Ferner finden wir auch die beiden anderen in gewissen nothwendigen (Mannsstamm), ja freieren Gestaltungen (Ehe, Vorhand des Mannes) wieder; natürlich sind darum unsere Sippen und Häuser noch nicht die römischen. Selbst daß die römischen Legitimationen im Gebrauch, Adoption und Emancipation aber zwar nicht stark im Gebrauch (Kreittmayer, Anm. über den Cod. Max. Civ. Bav. I. §. 10.), allein doch recipirt sein mögen [*Leyser*, *medit. ad Pand. Spec. XX.* 2. u. *Spec. XXI. 3.* Eichhorn, d. St. u. R. G. §. 351. §. 449. besonders die Pfalzgrafen=Vollmacht bei *Stryk*, *usus mod. Pand. I. 7.* §. *3.*]: all das berechtigt noch nicht zu jener Annahme. Mit der deutschen Emancipation ist von der einheimischen Familie viel mehr erhalten, als durch Aufnahme der römischen Emancipation, Adoption, Legitimation an ihr modificirt worden. Und überhaupt ist unsere Familie engsten Sinnes nicht etwa ein römisches,

oder deutsch=modificirtes Römisches, sondern ein deutsches, rö=
misch=modificirtes Institut. Der Austritt aus väterlicher Gewalt
hebt bei uns keine Agnatschaft auf, darum kann auch der Ein=
tritt in dieselbe (Adoption) keine begründen, so daß Puchta P.
§. 445. a. E. nicht zu viel gewagt haben würde, wenn er die
so eben in Frage gestellte Wirkung der Adoption nicht blos ein=
geschränkt, sondern abgesprochen hätte. Die alte, ausnahms=
weise Adoption durch Frauen ist zum Muster geworden für unsere
heutige Adoption durch Männer.

§. 15.

Die einzelne Person.

In ihrer obersten Eintheilung aller Personen verstunden
die Römer unter persona nicht mehr und nicht weniger als einen
Menschen l. 3. D. stat. hom. (1, 5). Theophilus aber (zu §. 2.
J. de her. inst. 2, 14. und zu pr. J. stip. serv. 3, 17.) kennt
unpersönliche Menschen (ἀπρόσωπον) — die unbeugsamere Rö=
mische Sprache eine persona (Persönlichkeit), die nicht Alle haben
(„servi nec personam habentes“ Nov. Theod. 24. §. 1). Wir
haben keine unpersönlichen Menschen mehr, dagegen persönliche
Nichtmenschen oder nichtmenschliche Personen, und nachdem uns
das R. R. hiezu den Finger gereicht hat (z. B. hereditas per-
sonae vice fungitur), gleich die ganze Hand ergriffen. — Blei=
ben wir vorerst bei den menschlichen Personen stehen, so mag man
von ihnen immerhin das Ding, was Viele „Persönlichkeit“ nen=
nen, abstrahiren, wird es aber unter dem Namen „Rechtsfähig=
keit“ besser weil kenntlicher bezeichnen.

Embryonen denkt auch das Recht nicht als Menschen [*l. 9.
§. 1. D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 1. §. 1. D. insp. ventr. 25, 4.
l. 161. D. v. s. 50, 16.*] und verfährt doch nicht unlogisch, wenn
es sie einsetzen, exherediren, präteriren, in Besitz einweisen und
nicht abtreiben läßt. Eine „juristische Persönlichkeit wie die he-
reditas“ (Rudorff, Puchta P. §. 114. Not. b.) dürfen wir aber da=
rum vielleicht aus mehr als einem Grunde denselben nicht beimessen.

Selbst die Geburt macht nicht immer den Menschen, l. 129.
D. v. s. (50, 16.). Ulp. l. 1. ad leg. Jul. et Pap.: Qui mortui
nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam
liberi appellari potuerunt; — auch nicht jedes Leben des Gebo=

renen (Puchta P. §. 114. d.): l. 2. C. de posthum. (6, 29.): uxoris abortu testamentum mariti non solvi etc., vergl. l. 3. eod.: „si vivus perfecte natus est“ — „vivus ad orbem totus processit;“ wogegen l. 12. §. 1. D. lib. et post. (28, 2.): quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen: an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit. (dazu Sav. Syst. II. S. 9. Anm. p.); — l. 3. eod.: — ad nullum declinans monstrum vel prodigium; dessen Begriff in l. 14. D. statu hom. (1, 7.) l. 135. D. v. s. und Anhalt für die forma generis humani in l. 44. D. relig. (11, 7.). Das rechte Leben aber vorausgesetzt, kommt auf dessen Dauer und Zeichen nichts an (l. 3. C. cit.) und so denn auch nichts auf Vitalität, obschon das antejustinianeische Recht eine solche nicht nur annahm, sondern in einigen Fällen auch darauf Rücksicht genommen zu haben scheint. Paul. R. S. IV. 9. §. 5. Savigny, Syst. II. Beil. III.

Die deutsche Verschollenheit, sowie die Präsumtionen in l. 9. §. 4. l. 16. pr. l. 22. D. reb. dub. (34, 5.); l. 9. §. 4. l. 23. eod. l. 26. pr. D. pact. dot. (23, 4.) (über l. 17. §. 7. D. ad SC. Treb. (36, 1.) l. 9. §. 1. D. reb. dub., vergl. Kierulff, Theorie 2c. S. 91. Mühlenbruch, Archiv IV. Nr. 27. und überhaupt Puchta, P. §. 115. Sav. II. §. 63.) betreffen nur den Beweis des Todes, — unseres einzigen Endes — und des früheren oder späteren Todes, nicht des letzteren selbst. Für den letzteren von besonderer Wichtigkeit sind die Grenzen der Präsumtion: sowohl in Ansehung des Todesfalles (blos bellum, naufragium, incendium, ruina?) als der Personen (blos De- u. Ascendenten?). Zu den Vorigen vergl. Vang. I. §. 33. Anm. 2.

Von den Eigenschaften der Personen.

§. 16.

Von denen die der Person

1) aus ihrer Stellung in einem jener obigen Personenverbände erwachsen (status), bedürfen die meisten: wie daß er Bürger, getaufter Christ, Hausvater, Hauskind, sui juris, Agnat, Cognat, Affine 2c. ist, hier keiner weiteren Auseinandersetzung: D. statu hominum (1, 5.) D. de his qui vel sui vel alieni juris sunt (1, 6) vergl. Böcking, Inst. §. 22. fg. Ueber Freiheit und

Sclaverei: Blume, Encyklopädie der in D. geltenden Rechte, 2. Abth. S. 18. Um so nothwendiger wird eine Erörterung der s. g. bürgerlichen Ehre, welche denn doch von Manchen in diesen oder ähnlichen Zusammenhang gestellt wird. (Böcking, P. §. 31. Seuff., P. §. 48. Vangerow, P. I. §. 46. fg.) während Andere nicht von der Ehre sondern von der Infamie ausgehen und darum an die Rechtsfähigkeit anknüpfen. In aller Ehre müssen wir aber unterscheiden etwas Actives (Ehrenbezeigung, existimatio) und etwas Passives (des Geehrten — dignitas). Ferner von ihr selbst ihren Grund, (nach dem es mehrerlei Arten der Ehre gibt, wie Künstler- Soldaten- Standes- rc. Ehre). Die unsrige hat ihren Grund nicht in der „Persönlichkeit" (Rechtsfähigkeit) [wie bei Puchta, P. §. 119. Arndts, P. §. 30. Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 95)]; sonst müßte auch ihr Gegentheil, die Schande, ihren Grund in geschmälerter Rechtsfähigkeit haben. „Ehre (bürgerliche) hat der Mensch durch die öffentliche Anerkennung seines moralischen Werthes." (Seuff. §. 48.). Ja, sein legibus et moribus zu bemessendes Verhalten (l. 5. §. 1. D. extr. cogn. 50, 13) ist Grund seiner Ehre, die denn auch nicht dadurch, daß, sondern nur insoferne als er — nicht im Staate, sondern in bürgerlicher Gesellschaft lebt, möglich ist. Ihre Wirkung beruht wie die jeder anderen Ehre zunächst in ihr selbst; allein woferne volle Rechtsfähigkeit mit Ehrlosigkeit unverträglich ist, muß ein gewißes Maaß von Ehrenhaftigkeit mit unter den Bedingungen der vollen Rechtsfähigkeit sein.

Näher, ihren Fällen und Wirkungen nach bestimmt, ist im R. R. die Infamie; ihre Wirkungen (ehemals Verlust von suffragium und honores Sav. Syst. II. §. 80) waren in den Begriff der J. selbst aufgenommen, als der Präter de his, qui infamia notantur (D. 3, 2.) edicirte: „Infamia notatur, qui ab exercitu, ignominiae causa, ab imperatore, eove cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit. — Qui artis ludicrae, pronunciandive causa in scenam prodierit. — Qui lenocinium fecerit. — Qui in judicio publico calumniae, praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit. — Qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve fuerit. — Qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario judicio damnatus erit. — Qui eam quae

in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit. — Quive suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate esset: ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. Zu diesen Fällen vergl. noch l. 7. D. jud. publ. (48, 1.) Macer: Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod judicii publici causam habuit — nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato judicio infamiam condemnato importat; l. 43. §. 12. D. r. n. (23, 2.): Quae in adulterio deprehensa est, quasi publico judicio damnata est, l. 41. C. transact. (2, 4.) a. 395: Si quis major annis XXV adversus pacta vel transactiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas putaverit esse veniendum vel interpellando Judicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa, eas autem invocato Dei omnipotentis nomine eo auctore solidaverit: non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus etc., l. 2. pr. D. jure fisci (49, 14.): Ex quibusdam causis delationes suscipientium fama non laeditur cf. l. 18. §. 7. eod., l. 20. C. h. t. (2, 12): Improbum foenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus, infamiae macula irroganda est. a. 287. — Gaj. II. 156: — ignominia, quae accidit ex venditione bonorum; cf. l. 11. C. h. t.: Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt a. 224. — l. 15. C. h. t. .. si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea, quam is qui sciens eam duxit uxorem .. perpetuo edicto labem pudoris contrahat l. 31. C. ad leg. Jul. de adult. (9, 9.): Cum vir nubit etc., vergl. l. 1. §. 6. D. post. (3, 1.). Daß hier auch Frauen als infames vorkommen, hat seinen Grund in einer Nebenwirkung, welche die Infamie durch extensive Interpretation der Eheverbote der lex Julia (Ulp. XIII. l. 44. D. r. n. 23, 2.) bekam (Sav. Syst. II. Beil. VII. 2.) und durch die dann ihre Fälle selbst, namentlich auch noch um den in l. 43. pr. eod. vermehrt wurden. Eine

andere, blos auf Männer passende Nebenwirkung der Infamie ist aber dieselbe, um derentwillen das prät. Edict überhaupt zur Aufzählung der infames veranlaßt war: l. 1. §. 8. D. de postulando (3, 1.) (vergl. dazu l. 4. pop. act. 47, 33; und Paul. R. S. I. 2. §. 3. mit l. 9. C. her. vel act. vend. 4, 39; §. 11. J. exc. 4, 13.). Von diesen beiden Nebenwirkungen ist nur die letztere stehen geblieben (l. 28. l. 29. C. de nupt. Nov. 117. c. 6. Sav. a. a. O. Nr. 5.) und auch diese nicht mehr in ihrem alten Umfange: §. 11. J. exc. 4, 13. vgl. Sav. S. II. §. 82. S. 215—210; von den alten publicistischen eine Lehre — kein Gesetz — für die Kaiser: l. 2. C. dign., 12, 1.: Neque famosis et notatis, et quos scelus aut vitae turpitudo inquinat, et quos infamia ab honestorum coëtu segregat, dignitatis portae patebunt.

Die außer der infamia noch mögliche turpitudo oder levis notae macula hatte keine (von selbst und nothwendig eintretende) rechtliche Wirkung (Sav. S. II. §. 82.) und mag darum infamia facti heißen. Als solche besteht sie denn auch heutzutage noch fort, wogegen in Betreff der infamia (juris) so viel unbestreitbar ist, daß die Reception des Römischen Rechtes auf das entsprechende einheimische Institut (Rechtlosigkeit) modificirend eingewirkt (Marezoll, a. a. O. S. 317. fg.), und zu der Entstehung der s. g. deutschen Infamie geführt hat. [Eichhorn, Einl. in d. d. Privr. §. 83. fg. Gengler, Lehrb. des d. Privr. 1854, bes. die Anm. zu §. 20.]. Ob daneben noch eine römische Infamie (wie die röm. Emancipation neben der deutschen u. a.) bestehe (Eichhorn a. a. O. §. 87.) oder nicht (Sav. Syst. II. §. 83.) kann natürlich nur bezüglich derjenigen Fälle streitig sein, welche in der deutschen Infamie nicht begriffen sind (die Fälle der römischen infamia immediata, der aus judiciis privatis, und einzelne aus judiciis publicis) und muß sich darnach entscheiden, ob in solchen Fällen die im Justinianeischen Rechte noch übrigen Wirkungen der römischen Infamie 1) bei uns bestehen, und 2) ob wenn dies der Fall ist, sie als Wirkungen des römischen Rechtes bestehen? — Vielleicht nicht das erste- und letzte Mal sind hier die Germanisten romanistischer, als die Romanisten. (Vergl. z. B. Savign. a. a. O. §. 83. mit Eichhorn a. a. O.).

§. 17.

Lediglich von Natur aus da sind die Eigenschaften, welche der Mensch

2) an und für sich hat. Allein das Recht muß a) feststellen, was unentschieden ist. So mitunter das Geschlecht. l. 10. D. statu. (1, 5.); es wollte denn eine Zwitter-Rechts- oder Handlungsfähigkeit aufstellen, was es nicht will: l. 15. §. 1. D. test. (22, 5.) l. 6. §, 2. D. lib. et post. (28, 2.); — b) generalisiren, was variirt. So die Wendepunkte leiblicher (damit geistiger) Entwicklung. l. 4. C. qui test. (6, 22.): — — si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solenniter ordinavit judicium: hoc evellere frustra conaris. Indessen ist doch auch den Varietäten einiger Spielraum gelassen: §. 10. J. de inut. stip. (3, 20.); §. 18. J. de oblig. quae ex delict. (4, 1.) etc.; was diejenigen freilich verkennen, welche den infantiae etc. proximus wieder an einen bestimmten Zeitpunkt anbinden wollen (s. Sav. Syst. III. §. 107. not. m. n.). Indessen ist es nicht ein und derselbe Zweck, weshalb vom Recht verschiedene Altersstufen ausgezeichnet worden sind, und demzufolge gehören plena pubertas [*l. 40 §. 1. D. adopt. 1, 7. l. 2. C. de his qui ven. aet. 2, 45.*] und senectus [*l. 3. D. jure immun. 50, 6.* Thibaut, über die Senectus, Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 83 fg.] nicht in diesen Zusammenhang. Dagegen wird es nothwendig, genauer zu wissen, von welchem Augenblicke an Jemand etwa mündig, volljährig sei. l. 5. D. qui test. (28, 1.): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere: Plus, arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur. Savigny (Syst. IV. S. 381. fg.) sieht in pridie calendarum zwar den 31. Dezember, läßt aber gleichwohl erst nach Mitternacht am

1. Januar testiren. Vgl. dagegen Puchta P. §. 75. not. c. a. E. und besonders Bachofen, zur Lehre von der civ. Berechnung der Zeit, Zeitschrift für Civilr. und Civilpr. XVIII. S. 335 fg. l. 3. §. 3. D. min. (4, 4.): Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit, restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Proinde et si bissexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur. Gleichwohl „wäre die Behauptung völlig verkehrt, die Volljährigkeit beginne erst mit der Stunde des 26. Geburtstages, welche der Geburtsstunde selbst entspricht.“ Bachofen, a. a. O. S. 372.

Außerdem, in seinen Gebrechen (l. 101. §. 2. D. v. s.) nimmt das Recht den Menschen überall so wie er ist: den furiosus in lichten Zwischenräumen als vernünftig (l. 6. C. cur. fur. 5, 70.), kennt neben demselben einen demens (l. 8. §. 1. D. tut. et cur. 26, 5.) und einen mente captus, den es einmal mit dem demens (l. 25. C. nupt. 5, 4.) dagegen nicht mit dem furiosus identificirt [*arg. l. 2. D. cur. fur. 27, 10. §. 4. J. cur. 1, 23.*; vgl. auch *l. 17. D. qui test. 28, 1: In adversa corporis valetudine mente captus etc.*]. Uebrigens heißt auch das ganze Genus dieser Erscheinungen dementia [*l. 17. §. 11. D. inj. 27, 10: „si agere non possit propter furorem vel quem alium casum dementiae“;* vgl. *l. 7. §. 1. D. cur. fur. 27, 10.*]; zu dem wir jedoch den fatuus mit seiner „infirmitas mentis“ (s. Briss. h. v.) trotz l. 21. D. reb. auct. jud. (42, 5.) u. l. 2. D. postul. (3, 1.) noch nicht rechnen dürfen. — Krank, freilich nicht am Leibe, ist auch der Verschwender l. 1. pr. D. cur. fur. Paul. R. S. III. 4. A. 7.

Insbesondere von der Rechts- und Handlungsfähigkeit.

§. 18.

Ein Ausfluß der vorigen, und selbst Eigenschaften, sind die s. g. Rechts- und Handlungsfähigkeit: neue Wörter, alte Begriffe. Den römischen gehen diejenigen nicht nach, welche den Rechtsfähigen „Rechte haben“, den Handlungsfähigen „Rechte

erwerben lassen" (Sav. Syst. II. §. 60.); und kann man nur auch das „haben können" und das „erwerben können" trennen? oder gehen die fraglichen Fähigkeiten nicht auch auf alienare und obligare? Puchta dagegen bietet (P. §. 50.) nicht nur das Material für eine Definition der natürlichen Handlungsfähigkeit, sondern dachte auch an einen Gegensatz natürlicher und juristischer (oder rechtlicher) Handlungsfähigkeit (z. B. Rhein. Mus. V. S. 37.); von beiden aber trennt er die Rechtsfähigkeit: als Persönlichkeit (§. 22.) d. i. „subjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens", welche Scheurl (Instit. 2. Aufl. §. 27.) genauer beschreibt als eine, die nicht bedingt sei durch actuelle Willensfähigkeit; es reiche zur Rechtsfähigkeit, im Gegensatz zur Handlungsfähigkeit, die potentielle Willensfähigkeit hin, wie sie ein neugeborenes Kind oder ein Wahnsinniger (auch ein Blödsinniger?) hat; auch Böcking (Inst. §. 30.) denkt die Rechtsfähigkeit gegenüber der Handlungsfähigkeit wie Möglichkeit gegenüber der Wirklichkeit. Das Richtige in dieser Puchta-Scheurl-Böcking'schen Auffassung ist, daß sie auch in der Rechtsfähigkeit noch etwas Actives festhält; denn in der That gibt es nur active Fähigkeiten (connubium, commercium, testamentifactio — honos ist gleich magistratus) und keine Fähigkeit zu „haben." Im Uebrigen scheint uns eine Vereinfachung der Begriffe, nämlich eine Vereinigung dessen, was wir juristische Handlungsfähigkeit und was wir Rechtsfähigkeit nennen, nothwendig. Wir sagen:

Handlungsfähigkeit ist die Macht wirksam zu handeln; —

alle Handlungen setzen eine natürliche (geistige und leibliche) Fähigkeit voraus — natürliche Handlungsfähigkeit; —

gewisse Handlungen (nur die Rechtsgeschäfte, aber sowohl die des jus sacrum als humanum) setzen überdies eine vom Recht gewährte Macht d. i. juristische Fähigkeit voraus; —

ohne die natürliche Handlungsfähigkeit wäre die juristische (z. B. des infans, furiosus) unnütz, wenn das Recht nicht zugleich für Stellvertretung gesorgt hätte; —

die Römer hatten eine Klasse Menschen, welche nur für Andere, nicht für sich selber juristisch handlungsfähig waren (servi); —

juristische Handlungsfähigkeit, die Jemand nicht blos für Andere, sondern für sich selber hat, sei es mit oder ohne natürliche Handlungsfähigkeit, nennen wir Rechtsfähigkeit.

Darin, daß Jemand etwas z. B. ein Vermögen bereits hat, liegt keine Rechtsfähigkeit, sondern ein Product von Rechtsfähigkeit, das die Quelle von neuen spezielleren Fähigkeiten oder Mächtigkeiten (z. B. jus vendendi, alienandi, obligandi etc. in Betreff gewisser Sachen), nicht aber wiederum von Rechtsfähigkeit ist.

Was wir heutzutage Dispositionsbefugniß nennen, oder allein so nennen sollten, ist die Verbindung von drei Faktoren: natürlicher Handlungsfähigkeit, Rechtsfähigkeit und Vermögen. Durch Vollmacht kann man sie auch an fremdem Vermögen erhalten; außerdem ist an fremdem Vermögen, oder an res, quae extra commercium sind, Dispositionsbefugniß nicht erst „ausgeschlossen" (Puchta P. §. 51.), sondern vornherein unmöglich, weil es an einer nothwendigen Voraussetzung fehlt. — In der Disposition selbst sehen wir die im Vermögen, besonders im Eigenthum gelegenen Mächte ganzer oder theilweiser Selbstver- oder Entäußerung durch Handlungen in Bewegung gesetzt: die Macht der natürlichen Handlungsfähigkeit, die Macht der Rechtsfähigkeit, und jene Vermögensmacht zusammengenommen sind die s. g. Dispositionsbefugniß. Wo in irgend einem Vermögensstücke durch ein Gesetz alienandi potestas überhaupt (wie einst bei Veteranenloosen) oder zeitweise (wie beim fundus dotalis) unterdrückt wird, ist Dispositionsbefugniß wiederum nicht erst ausgeschlossen, sondern undenkbar, weil es an einer ihrer Vorbedingungen fehlt. Von einem Ausschluß der Dispositionsbefugniß können wir erst reden, wenn ein handlungs- und rechtsfähiger Mensch veräußerliches (z. B. durch seinen Curator veräußerliches) Vermögen hat und aber doch selbst oder selbständig nicht veräußern kann. Eine solche Erscheinung unterbricht den natürlichen Lauf der Dinge, und trat bei den Römern nicht von selbst ein, beim minor XXV annis so wenig als beim prodigus.

§. 19.

Die Rechtsfähigkeit des Privatrechts ist von unserm heutigen gemeinen Rechte dem Menschen als solchem gewährt; wiewohl der deutsche Boden noch nicht schlechterdings frei macht (Blume, Encykl. der in D. geltenden Rechte 2. Abth. §. 25. 2. Aufl. 1855), und auch die Religion noch einen kleinen, höchst

singulären Unterschied begründet (R. P. O. 1577. T. 20. §. 4. Sint. §. 14. Anm. 11., vgl. Grundrechte §. 16.) In Privilegien, welche dem Inländer gegeben werden, liegt noch keine mangelhafte Rechtsfähigkeit des Ausländers (Eichhorn, Einl. in d. d. Privr. §. 75.). Daß patria potestas jemals die Rechtsfähigkeit beschränkt habe, muß man auf Grund der Böcking'schen Darstellung (Inst. §. 45.) und mit Scheurl's Worten (Beitr. zur Bearb. des R. R. Bd. I. Nr. 9. S. 233 fg.) verneinen; um so bestimmter aber in Abrede stellen, daß dieses heute noch (Sav. Syst. §. 67. §. 75. S. 148. Puchta P. §. 118. Sint. §. 14. der Fall sei (vgl. Arndts §. 28 not. e.). Uneheliche Kinder sind den ehelichen zwar niemals gleich geworden in Rechten, deswegen aber nicht ungleich in Rechtsfähigkeit, und auch das ist keine Rechtsunfähigkeit der Kinder, wenn ihnen der Vater nicht alles zuwenden kann. Eher hätten wir eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit da zu sehen, wo nach heutigen Gesetzen wie in l. 31. l. 35. C. loc. cond. (4, 65.) l. 62. pr. D. c. e. (18, 1.) — l. 6. §. ult. D. off. proc. (1, 16.) — Nov. 123. c. 6. Commercium untersagt wäre.

Aus all dem erhellt, daß es heutzutage eine Schmälerung der Privat-Rechtsfähigkeit durch capitis deminutio oder Aufhebung derselben durch bürgerlichen Tod nicht geben kann. (Ueber letztern s. Sav. a. a. O. §. 75. Blume a. a. O. §. 25.) Davon, daß auch Ehrenminderung keine Minderung der Privat-Rechtsfähigkeit mit sich führe, war schon oben (§. 16.) die Rede.

§. 20.

Die natürliche Handlungsfähigkeit, ohne welche man weder für sich noch für Andere rechtlich wirksam handeln kann, ist

a) unabhängig von dem Geschlechte, trotz dem daß in multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum l. 195. D. v. s. Schon der Ausdruck zeigt, daß hier nicht eine geringere natürliche Handlungsfähigkeit gemeint ist, dann aber auch die Ausführung: l. 2. D. r. j. l. 20. §. 6. D. qui test. f. p. (28, 1.) — l. 16. pr. l. 18. D. tut. (26, 1.) — §. 10. J. adopt. (1, 11). Daneben ist hier überall die Grenze des reinen Privatrechts wohl im Auge zu behalten, und dann nicht etwa gar ein Privilegium der Frauen in mindere Handlungsfähigkeit zu übersetzen.

b) Dagegen hat jene Generalisirung der natürlichen Reife in gewissen Altersstufen nichts anderes als eine generalisirende Abstufung der natürlichen Handlungsfähigkeit zu bedeuten:

α) — infans et qui infanti(ae) proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent; sed in proximis infanti(ae) propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi — (§. 10. J. de inut. stip. 3, 20., vgl. §. 9 — ut ubi tutoris autoris necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur). Selbst dem infans ist aber in Einem Falle judicium untergeschoben worden: l. 32. §. 2. D. a. v. o. poss. (41, 2): Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam judicium infantis suppletur tutoris auctoritate. Utilitatis enim causa hoc receptum est. Nam alioquin nullus sensus (al: consensus) est infantis (al: infanti) accipiendi (al: accipienti) possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest. Nicht darin, daß judicium auct. tut. supplirt (Puchta, Vorl. Beil. XI.), sondern darin, daß überhaupt ein judicium angenommen wird, liegt die Singularität. Hat Puchta wirklich geschrieben: „Die Auctoritas tritt hier nicht in ihrer gewöhnlichen Funktion auf, wo sie zu einer vollkommenen natürlichen Handluug hinzutritt"? Allerdings (vgl. Rh. Mus. f. J. V. S. 36). Gegen Savigny's Auslegung (das Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 286.) s. Puchta am a. a. O.; für sie Denzinger Arch. f. civ. Pr. XXXI. S. 278 fg. Uebrigens haben wir in den Worten „Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit —" (wenn wir der Inscription der Florent. trauen — vgl. Denzinger a. a. O.) einen Sabinussatz, und dieses Alter fällt in's Gewicht, wenn man fragt, warum denn der Tutor nicht allein handelt. Daß das Kind nicht allein handle, versteht sich bei den meisten Sachen von selbst. Schwerlich denkt auch jene andere Stelle in der wir den infans denn doch (gegen Donellus und Sav. a. a. O. S. 291 fg.) ohne den Tutor, und (gegen Puchta i. a. Beil.) nicht durch den Tradenten empfangen lassen müßen — an alle Sachen: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auc-

torum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri (l. 3 C. a. et ret. poss. 7. 32) wenn wir sie gleich nicht auf „denarii, castaneae et similia ludicra" (Azo, s. Sav. a. a. O. S. 295 Anm. 2) beschränken möchten. Dann paßt diese Singularität auch an sich nur auf „geschenkte" Sachen.

β) Der impubes infantia major ist, wenn noch infantiae proximus, wie der infans dem furiosus gleich; später haben sie aliquem intellectum (§. 10 J. inut. stip. 3, 19 (20), der dann noch diesseits der Pubertät zum dolus ausschlagen (l. 4. §. 26. D. exc. dol. 44. 4) und injuriae capax werden kann (l. 5. §. 2. D. ad. leg. Aq. 9. 2). Darnach können dann pubertati proximi Delicte begehen (ll. citt. l. 13. §. 1 D. dol. mal. 4, 3. l. 1. §. 15. D. dep. 16, 3.), impuberes überhaupt aber nur halbwegs sich ihrer Rechtsfähigkeit selbständig bedienen [Regeln: *pr. J. auct. tut. 1, 21; l. 11. D. a. r. d. 41, 1.* Anwendung: *l. 28. pr. D. pact. 2, 14. l. 9. pr. — §. 4. D. auct. tut. 26, 8. §. 2. J. quib. alien. licet 2, 8. §. 9. J. inut. stip. 3, 19. (20.)*]; impuberes infantiae proximi sollten es schlechterdings nicht können, allein propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi §. 10. J. eod. Geschäfte, welche von Unmündigen, die sui juris sind, nur tutoris auctoritate vorgenommen werden können, sind ihnen unter väterlicher Gewalt überhaupt unmöglich: arg. §. 10. J. eod. in fin, l. 141. §. 2. D. v. o. (45, 1.) Auch Geschäfte, denen der Unmündige für sich nicht gewachsen ist, müssen ihm unmöglich sein, woferne sie tutoris auctoritatem nicht ertragen. (l. 5. D. qui test. 28, 1. cf. Gaj. II. 113; — l. 3. §. 3. l. 7. §. 1. D. pecul. 15, 1.) Umgekehrt kann ein Unmündiger dem Geschäfte nicht gewachsen sein, und dennoch obligirt werden, ohne den Tutor; freilich muß dann der Grund der Verpflichtung in etwas anderem liegen, als in der Handlung, und von solcher Beschaffenheit sein, daß durch ihn allenfalls auch ein furiosus, infans obligirt werden könnte: l. 5. pr. §. 1. D. auct. tut. (26, 8.) l. 9. §. 5. D. r. cred. (12, 1.)

l. 4. §. 4. (dandam esse exceptionem?) D. doli mali exc. (44, 4.) l. 1. §. 15. D. dep. (16, 3.) l. 3. §. 4. D. neg. gest. (3, 5.) Ausgedrückt ist dieser Grund in l. 46. D. o. et a. (44, 7.) Ob und wie weit aber ein Unmündiger auch ohne diesen Grund, blos naturaliter nämlich, dagegen ohne die Condemnationsclausel in quantum etc. obligirt werden könne, hievon unten bei der Lehre von der naturalis obligatio. — Das Aeußere der auctoritatis interpositio [*§. 2. J. h. t. 1, 21. l. 3. l. 14. l. 16. l. 17. D. h. t. 26, 8.*] verräth wenig Formalität, und was als solche erscheinen könnte — die Präsenz, — hat doch wohl einen materiellen Grund. Denn es handelt sich hier nicht um Vollmacht (welche Handlungsfähigkeit voraussetzt und also vor- und nachgehen könnte), sondern um Unterstützung der Handlung, welche ohne „Beistand" nicht gedacht werden kann. Auctoritatis interpositio kommt in Vermögensgeschäften bei uns kaum vor; jedenfalls sind die Gründe, welche zu derselben führten, für uns nicht vorhanden. Davon im vierten Buche, bei der Stellvertretung, und im dritten, bei der Vormundschaft.

γ) Der minor XXV annis hat noch fragile et infirmum hujusmodi aetatum consilium (l. 1. pr. D. min. 4, 4), und wird, wenn er um deswillen fällt, wieder aufgerichtet (D. min. 4, 4; C. de in int. rest. min. XV annis 2, 22), sonst aber sich selber überlassen, demnach für natürlich wie rechtlich handlungsfähig geschätzt. Obligari potest paterfamilias suae potestatis pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur (l. 43. D. o. et a. 44, 7). So denn auch noch nach Justinianeischem Rechte eine generelle cura minorum keine Nothwendigkeit: Inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem (§. 2. J. curat. 1, 23). Die Nothwendigkeit der hier erwähnten Spezialcuratel scheint anfangs lediglich ein Recht des Gegners gewesen zu sein (l. 1. C. qui petant 5, 31. a. 215) und blieb ein solches für einen anderen Fall. (l. 7. §. 2. D. min. 4, 4). Später wurde sie dort auch für den Minor nothwendig: In universis litibus placet non prius puberem justam habere personam etc. (l. 11 C. qui dare tut. vel cur. 5, 34. a. 312. l. 2. C. qui legitimam personam standi in judicio habent, vel non. 3, 6). Die Generalcuratel lag umgekehrt im Interesse des Minor („si res eorum

exigit“ l. 6. C. qui pet. 5, 31) und mochte man ihnen diese Bequemlichkeit früher nicht einmal allgemein und ohne weiteres gewähren („ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis“ Capitolinus in Marco, cap. 10); erst seit Mark Aurel minoribus .. desiderantibus curatores dari solent; vorher ist auch jenes obervormundschaftliche Interesse der sacrae constitutiones, wornach der Tutor zu guter Letzt den Mündel an curatoris petitio mahnen soll (l. 5. §. 5. D. adm. tut. 26, 7.) kaum denkbar. Nun aber ward Generalcuratel (ri res eorum exigit) etwas Gewöhnliches, niemals aber Nothwendiges (§. 2. J. cit. l. 7. §. 2. D. min. „— si sunt“ l. 3. C. i. i. r. 2, 22: „— sine curatore constitutus“), wenngleich geschrieben steht: l. 1. §. 3. D. min.: — in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus; l. 2: Nec per liberos suos rem suam maturius a curatoribus recipiat; quod enim legibus cavetur: „ut singuli anni per singulos liberos demittantur,“ ad honores pertinere D. Severus ait, non ad rem suam recipiendam. Bekommen und Behalten ist zweierlei. Ueberall hier vgl. Marezoll: In wie weit kann ein Minderj. .. sich ohne den Consens seines Cur. klagbar verpflichten. Zeitschr. f. Civilr. II. Nr. 12, 1829. Savigny, Schutz der Minderjährigen und lex Plaetoria, verm. Schr. II. Nr. 18. a. 1831.

Die Generalcuratel ist eine patrimonii administratio (l. 11. C. qui dare 5, 34), an welche der Minderj. die Vollmacht über sein eigenes Vermögen verliert: daß nur über sein gegenwärtiges (Sav. a. a. O. S. 382), ist eine gewagte Behauptung; daß alienandi, diminuendi potestatem, gewiß; ob auch die Möglichkeit, (ohne seinen Curator) Schulden zu machen, streitig. Allein l. 101. D. v. o. (45, 1): Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari — will offenbar nicht interpretirt, sondern nur angenommen sein, wogegen sich nach so vielen Vorgängern (vergl. darüber Marezoll, a. a. O. S. 376 fg. Vang. §. 291. Anm. 2), auch Puchta (P. §. 51. d.) verfehlt hat. Kein Zeugniß widerstreitet diesem Satze: insbesondere nicht l. 3. C. i. i. r. min. 2, 22: Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem

habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis; dann diejenigen Stellen nicht, in welchen der Minderj. zwar consensu handelt, aber möglicherweise aus einem anderen Grunde als weil er muß. Fast scheint er in l. 26. C. adm. tut. (5, 37.), (was Marezoll, a. a. O. S. 420 übersehen hat) zu müssen: Cum quaedam mulier testamento condito filium suum praeterisset, idem autem filius . . . extranei esset tutor vel curator, qui scriptus a matre tutoris fuerat heres: . . . manifestissimum erat, stare tutorem vel curatorem in praecipiti loco: sive enim auctori" tatem suam vel consensum de adeunda hereditate praestare pupillo, aut adulto, minime voluerit, ne ex hac causa sua jura aliquod patiantur praejudicium (satis enim imminet periculum tutelae, vel utilis neg. gest. actionis, ne pupillus vel adultus, utpote ex illius tarditate laesus, litem ei ingerat), sive hujusmodi timore perterritus auctor fuerit pupillo vel adulto, periculum emergebat etc.; allein sollte der consensus nicht auch Rath sein können, den der Minderj. begehrt? vgl. l. 30. D. adm. tut. (26, 7.) Marezoll a. a. O. S. 435. Eine Singularität enthalten l. 60. l. 61. D. j. d. (23, 3.) cf. Ulp. XI. 20. Was die allgemeineren Motive für und gegen unsere Frage anlangt, so darf man namentlich nicht vergessen, daß es eine J. J. Restitutio gibt, auch eine Prodigalitätserklärung, und daß dem minor commercium nicht interdicirt sein sollte (l. 24. §. 1. l. 27. D. min. (4, 4.) vergl. Sav. a. a. O. S. 385. Marezoll a. a. O.)

Keinesfalls nun aber gab der Minor mit der Disposition über sein Vermögen auch seine Handlungsfähigkeit dahin. Sehen wir ab von seiner Erwerbs- und Testirfähigkeit (l. 5. D. qui test. 28, 1.) und bedenken nur, daß er ex consensu curatoris Alles vermochte. Dieser Consens ist nichts als eine Vollmacht, wie jede Vollmacht bald enger, bald weiter, möglicherweise dem Vollmachtsträger das ganze Wie der Handlung überlassend; dergestalt setzt er, als eine Vollmacht, Handlungsfähigkeit voraus, während Auctoritas nur einen Ansatz zu derselben voraussetzt, demnach nicht nur das Daß, sondern das ganze Wie der Handlung zu gewähren hat. Der Minderjährige kann

durch den Consens des Vormunds Gerant seines eigenen Hauses werden, und ist auch den Quellen als solcher, neben seinem Curator, bekannt (l. 1. §. 3. min. 4, 4. — quamvis rem suam bene gerentes); dies ist undenkbar in der Person des Unmündigen.

So müssen und können auch heutzutage, trotzdem daß cura minorum (woferne sie frei sind) überall nothwendig, und mit der tutela impuberum zu Einer Vormundschaft geworden ist, Knaben und Jünglinge verschieden behandelt werden — wobei freilich für uns ein etwas späterer Termin der Pubertät natürlich wäre. Daß der Unmündige auch heutzutage testiren könne, gibt selbst Sintenl's (§. 17. Anm. 32) zu, und davon, daß die Praxis über die Frage des eigenmächtigen Schuldenmachens entschieden habe, kann nicht die Rede sein. Vergl. Holzschuher, Casuistik d. gem. Civilr. II. 2. S. 266.

Nach der Begriffsbestimmung in §. 18. fehlt es dem Minderjährigen an der Dispositionsbefugniß: bei den Römern denkrichtiger erst zufolge eines obrigkeitlichen Actes, der Curatelbestellung, welche stillschweigend ein Interdict gegen den Minor in sich schloß, und die diesem entzogene Vollmacht auf den Curator übertrug [*l. 3. C. i. i. r. min. 2, 22: — cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est — l. 26. C. adm. tut. 5, 37 — damus ei cum summa fiducia res pupillorum vel adultorum etc.*]; bei uns dagegen versteht sich all das von selbst.

c) Krank, und zwar

α) an Sitten, wie der Verschwender ist, hat man zwar an sich noch volle natürliche Handlungsfähigkeit, wie Rechtsfähigkeit und Dispositionsbefugniß: wie könnte man sonst bona sua dilacerando et dissipando profundere (l. 1. pr. D. curat. fur. 27, 10); allein hier schritt von Alters her die Obrigkeit ein [*Paul. R. S. III. 4. A.* §. 7.: *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (al: aere) commercioque interdico* —] entzog dergestalt dem prodigus seine Dispositionsbefugniß, [*l. 10. D. cur. fur: — nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant (!), cum eis deminutio sit inter-*

dicta — l. 26. D. c. e. 18, 1: .. ut ei deminuendi potestas non sit —] und wie schon die Formel (commercioque) andeutet, noch etwas mehr. Von solennem Verkehr scheint er gänzlich ausgeschlossen zu sein (l. 18. pr. D. qui testam. 28, 1.), von anderem so weit, als auf seinen Willen mehr ankäme, als wenn er sich schenken oder versprechen läßt l. 6. D. v. o. (45, 1). In diesem Sinne wird es zu verstehen sein, wenn furiosi vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est (l. 40. D. r. j. vgl. l. 16. §. 1. D. pign. 20, 1.) — und darum kein bloßer Zufall, wenn wir vergebens nach Veräußerungen und Verpflichtungen suchen, welche der interdicirte Verschwender ex consensu seines Curators vornähme (vgl. Puchta P. §. 50. k., anders Savigny (J. Gothofr.), Syst. III. S. 88. not. p.); Argumente dafür, daß ein Consens hier unmöglich ist, kann man auch aus l. 25. D. fidej. (46, 1.) l. 29. D. cond. ind. (12, 6.) schöpfen. — Einen Willen, wie er zu Delicten gehört, den das Recht verfolgt, nicht achtet, hat unser Verschwender freilich (arg. l. 9. §. 7. D. r. cr. 12, 1.); um so mehr muß er obligirbar sein in Fällen, in welchen es auch der furiosus ist. l. 9. §. 5 — 7. D. r. cr. l. 29. D. cond. ind. Sonst aber nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso (l. 6. D. v. o. 45, 1.); s. dagegen l. 25. D. fidej.: Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit: magis esse, ut ei non subveniatur; quoniam his mandati actio non competit; hinwiederum aber l. 70. §. 4. eod. Der Erbschaftsantritt kommt hier lediglich als Erwerbsact in Betracht: s. l. 5. §. 1. D. acq. vel om. her. (29, 2.) und Savigny, Syst. III. §. 50. not. u. — Dem Verschwender wird nach all dem durch die Interdiction nicht nur die Dispositionsbefugniß, sondern — auch heute noch — ein Stück Rechtsfähigkeit genommen.

β) Leibliche und geistige Krankheit oder Gebrechen verringern [*l. 8; l. 10. C. qui test. fac. poss. 6. 22; l. 1. §. 2. §. 3. D. tut. 26, 1; l. 1. §. 3. §. 5. D. postul. 3, 1; §. 6. J. test. ord. 2, 10; §. 4. J. curat. 1, 23.*] oder vernichten [*§. 8. J. inut. stip. 3, 19. (20.) Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit.* Anwendungen: *l. 18. §. 1. D. a. v. o. p. 41, 2. l. 5. §. 2. D. ad*

leg. Aq. 9, 2: — cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit. Ueber das *dilucidum intervallum* s. *l. 6. C. cur. fur. 5, 70.*] die natürliche Handlungsfähigkeit. Eine solche zerstörliche, freilich vorübergehende Krankheit ist die Trunkenheit: c. 7. C. XV. qu. 1. — nesciunt quid loquantur — jacent sepulti; ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta(i) donantur, sed levitatis damnantur auctores.

Aus manchen Fällen ersehen wir übrigens, daß um natürlicher Unfähigkeiten willen das Recht die Macht auch zu solchen Handlungen versagt, die von Natur aus wohl vorgenommen werden könnten — daß es also auch heute noch, freilich nur in einzelstehenden Fällen, trotz der natürlichen Fähigkeit an Rechtsfähigkeit gebrechen kann (l. 6. pr. §. 1. D. lib. et post. 28, 2. l. 39. §. 1. D. j. d. 23, 3. §. 9. J. adopt. 1, 11).

Drittes Buch.

Von den Rechten.

§. 21.

Schon eine von den letztgedachten Eigenschaften der Personen, die Rechtsfähigkeit, kann man ein Recht nennen, (z. B. „jus testamenti faciendi" l. 8. §. 3. D. qui test. 28, 1. l. 3. §. 5. D. bon. poss. 37, 1). Und umgekehrt sind auch die Rechte, die wir als solche zu bezeichnen pflegen, Eigenschaften der Personen — Eigenschaften freilich von meist flüchtigerem Bestand, und wenigstens in ihrem ersten Ursprung nicht angeboren. Sie sind ein Product aus unseren Eigenschaften und Handlungen — in der Aufeinanderfolge natürlicher und rechtlicher Eigenschaften das letzte Glied. Im öffentlichen Rechte kann Rechtsfähigkeit und Recht — z. B. suffragium — zusammenfallen; hier im Privatrechte sind die gemeiniglich so genannten Rechte, also namentlich Eigenthum und Forderung, erst eine Verwirklichung jener Potenz, der Rechtsfähigkeit.

Erster Theil.

Die reinen Privatrechte.

§. 22.

So nennen wir diejenigen Rechte, welche nichts als Rechte sind. Je nach Art des Volkes könnte selbst königliche Gewalt Privatrecht sein. Wo immer dagegen in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, wie z. B. in der väterlichen und in der vor-

mundschaftlichen Gewalt, hört der Egoismus des Rechtes und damit das Privatrecht auf. Von der Pflicht in einem Rechte müßen wir aber die Pflicht neben dem Rechte, z. B. bei gegenseitigen Obligationen — so wie die Pflicht, welche einem Rechte gegenübersteht, wie schon bei einseitigen Obligationen der Fall ist, unterscheiden; neben und gegenüber von Pflichten können Privatrechte wohl existiren, wenn nur nicht in dem Rechte zugleich eine Pflicht — in einer Person dasselbe, was Recht, auch Pflicht ist. — Reines Privatrecht nun ist einzig das Eigenthum sammt seinem Zubehör und Beiwerk — worunter wir auch die Obligationen erblicken. So sind die reinen Privatrechte Vermögensrechte; kaum nennenswerth aber solche Privatrechte, welche keinen Tauschwerth, und zufälligerweise auch keinen juristischen Werth haben, wie das Recht, auf dem Campus Martius Ball zu spielen. Umgekehrt muß man zweifeln, ob alle Vermögensrechte, nämlich auch die öffentlichen, (der s. g. jur. Personen,) Privatrechte seien. — Andere aber als reine Privatrechte gibt es zwar nicht; allein solchen Rechten zum Gegensatz, welche nur durch Schulgebrauch, oder äußere Gestalt, den Privatrechten zugehören, die wohl auch nach gemeiner Anschauung als solche gedacht werden, deswegen weil man sie „bei sich daheim" ausübt, und des Glaubens ist, daß die Gemeinschaft des Hauses, weil sie nicht öffentlich ist, etwas ganz anderes sei, als die des Staates — glaubten wir jenen Ausdruck gebrauchen zu sollen.

§. 23.

Wie der Inhalt des Rechtes zuletzt denn doch nichts anderes ist, als eine Bestimmung oder Gesetz über Handlungen, ob oder wie wir sie thun dürfen oder können, so ist auch der Inhalt unserer Rechte überall entweder ein Dürfen licere, was bei den Römern freilich oft auch für posse steht (z. B. J. quibus alienare licet 2, 8. und pr.: accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit) oder ein Können (posse, potestas), oder beides zugleich — damit denn nothwendig und ausschließlich auf Handlungen zielend. Eine Befugniß (licere) unseres Sinnes ist z. B. in dem uti frui licere, möge es nun als Bestandtheil des Eigenthums oder sonst eines Rechtes vorkommen; zu ihrer Ausübung bedarf es natürlicher Macht, wäh-

rend natürliche Macht auch ohne sie (unbefugt) uti frui kann. Eine Macht unseres Sinnes aber ist z. B. die zum Erbschaftsantritt: Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi (l. 151. D. v. s.); sie schließt eine Befugniß in sich, ist aber mehr als diese, weil sonst auch ein Unbefugter antreten könnte, was unmöglich ist; mit dieser Befugniß ist also ein dem Unbefugten unmögliches Können verbunden, das wir, weil es nur der Berechtigte und weil er es nur durch das Recht hat, rechtliche Macht nennen wollen. Handlungen, welche blos natürliche Wirkung haben, können auch nur als Entfaltung natürlicher Macht, und überdies vielleicht einer ausschließlichen Befugniß, dagegen niemals als Entfaltung einer Macht gedacht werden, die dem Berechtigten eigen wäre. Ganz anders verhält es sich mit Veräußerungen, Verpfändungen, Servitutenbestellungen ꝛc., kurz mit Rechtsgeschäften. Wir werden verschiedene Fälle der Befugniß wie der Macht noch kennen lernen; einer von letzteren pflegt, richtig verstanden, das Klagrecht zu sein.

Das Klagrecht.

§. 24.

In jedem vollkommenen Rechte (des Privatrechts) ist ein Klagrecht; von den Römern männlicher jus agendi genannt — eine Macht, sich selbsthandelnd geltend zu machen. Auch für das einzelne Recht gilt ein domi militiaeque, und muß von der friedlichen Ausübung der Rechte (jure suo uti) deren Geltendmachung unterschieden werden, welche nicht immer Streit, dagegen fast immer thatsächlichen Eingriff oder Rechtsverweigerung voraussetzt. Dann denken wir — woran freilich beim „Klagrechte" nicht gedacht werden kann — nicht an die natürliche Macht der Selbsthilfe, wiewohl die Befugniß, sie zu gebrauchen, das erste jus agendi gewesen sein mag, (vgl. Ihering, Geist des r. R. I. §. 11; Rudorff, grom. Inst. in den röm. Feldmessern II. S. 425. unten, fg.), vielleicht noch in gewissen Interdicten durchblickt, und immer und immer wieder verpönt werden mußte [*l. 3. §. 2. l. 7. l. 8. D. lex Jul. de vi priv. (48, 7.); l. 12. §. 2. l. 13. D. quod met. (4, 2.); l. 7. C. unde vi (8, 4.); Nov. 52. c. 1. Nov. 134. c. 7.*]; nach unserem

heutigen Rechte ist sie fast (l. 10. §. 16. D. quae in fr. cred. 42, 8.) nur noch vertheidigungsweise z. B. l. 1. §. 27. D. de vi (43, 16.), l. 3. §. 9. in fin. eod. gestattet. Wir meinen das jure agere, die Macht der gerichtlichen Geltendmachung (actio). —

Ein großer Theil der Actionen, zumal der alten, scheint um vorhandener Rechte willen aufgekommen zu sein, während in der Folge nicht selten zunächst Actionen aufgestellt, und erst dadurch Rechte erzeugt wurden. Der Unterschied von civiles und honorariae actiones (l. 25. §. 2. D. o. et a.) fällt mit dem besagten nahezu, nicht ganz zusammen, da die legitimae sonder Zweifel civiles (— actiones sive legitimae sive honorariae l. 32. pr. ad l. Falc. 35, 2.), und nicht blos Legis-Actionen (l. 2. §. 6. D. o. j. 1, 2), sondern auch sonst ex lege (Gaj. IV. 109.), unter diesen aber doch wohl manche (z. B. die ex lege Publilia, Gaj. III. 127.) sind, welche „ein im jus civile anerkanntes Recht" noch nicht „zur Grundlage" hatten (Keller, der röm. Civ. Pr. §. 89. I.).

Von den actiones praejudiciales wird einer einzigen legitima causa zugeschrieben — per quam quaeritur an aliquis liber sit (§. 13. J. act. 4, 6.): so daß dem praejudicium ursprünglich nicht eine bloße Vorfrage (vgl. §. 13. cit. Gaj. III. 123. IV. 44.), sondern ein Vor-Recht (vgl. oben §. 21. am Eingang) entspricht (sonst Sav. Syst. IV. §. 207; besonders not. h.).

Aber auch sonst fand das Wesen und der Unterschied der Rechte seinen Ausdruck in Namen und Gestalt der Actionen: so in der summa divisio: der in rem und in personam actiones (§. 1. J. h. t. Gaj. IV. 1. 2. 3. l. 25. pr. D. o. et a. 44, 7.) indem ein Theil der Rechte auf fremden Personen (dare, facere praestare oportere), der andere dagegen [darunter also auch die Statusklagen §. *13. J. h. t.* Savigny a. a. O. §. 207. §. 208., Wächter, W. Privr. II. §. 63.] in sich selber beruht: so daß der Ausdruck in rem blos negative Bedeutung gehabt zu haben scheint (vgl. Sav. §. 208. not. a.). Der Unterschied, daß hier vornherein die Person des Beklagten bestimmt ist, dort nicht, (Sav. §. 208. Puchta P. §. 83.) trifft nur die Folgen der Sache, nicht sie selbst, und überdies keine durchaus nothwendige Folge, da wir noch heutigen Tages persönliche Klagen haben, welche zwar (im Sinne römischer Formen)

nicht mehr in rem scriptae, wohl aber immer noch gegen einen vorerst ungewissen Gegner begründet sein können: l. 9. § 8. D. quod metus (4, 2.) vgl. l. 4. §. 32. D. exc. dol. (44, 4.); l. 3. §. 13. §. 15. D. ad exh. (10, 4.); l. 12. D. aquae pluv. 39, 3. vgl. mit l. 6. §. 5. eod.; l. 5. §. 13. l. 7. pr. §. 1. D. quod vi (43, 24.); l. 1. §. 13. D. quod legat. (43, 3). Auch wissen die Quellen vim ipsam von der äußeren Erscheinung des Unterschiedes wohl zu trennen l. 1. §. 3. D. int. (43, 1). — Mixtae heißen ferner auch solche Klagen, bei denen die zu Grunde liegenden Rechte selbst gemischter Natur sind (§. 20. J. h. t.).

„Auch die nun folgende Eintheilung bezieht sich auf das „innere Wesen der Klagen, auf ihren Gegenstand, Zweck, Er„folg" (Sav., Syst. V. §. 210.) — nämlich die in rei und poenae persecutoriae actiones — ein Glossatoren-Ausdruck, den wir uns doch wohl erlauben dürfen (Wächter, a. a. O.; wogegen Sav. a. a. O. not. c.). Inwieferne auf das innere Wesen? Bündiger geht Puchta (P. §. 84.), wie Wächter (W. Pr. §. 64.) vom Gegenstand der Klagen aus, der die Condemnation sei, und sieht in deren „Einfluß" auf das Vermögen des Klägers den Grund der Eintheilung — in einem Einfluß, den Arndts P. §. 98. sachdienlich mit „Ersatz- und Strafklagen" verdeutscht. Allein wenn nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debetur, judicio persequendi, (l. 51. D. o. et a. 44, 7.), so sollte jene doppelte persecutio auf die Rechte, deren Verfolgung sie ist, ein Licht zurückwerfen, und dann vielleicht umgekehrt diese auf sie. Daß die Eintheilung auch nur „zunächst als eine Untereintheilung der persönlichen Klagen erscheine" (Sav. a. a. O.), geht daraus, daß rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones (§. 17. J. act. cf. l. 28. D. o. e. a. 44, 7.) nicht hervor; hingegen erhellt, daß, wenn alle in rem actiones und fere omnes in personam actiones (§. 17. J. cit.) „rei" persecutionem enthalten, der Anspruch oder das Recht, welches diesen Klagen zu Grunde liegt, den Römern als „res" erscheine, während die poena keine „res" ist. Dieser Gegensatz wird natürlich, wenn wir bedenken, daß „res", als Collectivum gebraucht, identisch ist mit patrimonium, und daß durch die reipersecutorische Klage verfolgt wird, was ex patrimonio nobis abest (l. 35. pr. D. o. et a. 44, 7). Es verdient auch im Interesse des

Systems (Gaj. I. 8.) hervorgehoben zu werden, daß die bei weitem meisten Forderungen zur res oder in das patrimonium gehören, und die noch übrigen nur mehr als actiones gedacht werden, ein Umstand, der eben so wichtig ist, als daß sie poenales sind, und nicht blos im Erbgang seine Bedeutung zeigt (arg. l. 17. §. 1. D. pact. 2, 14; l. 35. D. o. et a). Identisch mit patrimonium ist proprietas, in dem weiteren Sinne, in welchem es z. B. in l. 2. §. 2. D. interd. 43, 1. vorkommt — gleichwie man auch bei uns mitunter „Eigenthum" von allem Vermögen gebraucht. Endlich kennen die Römer eine „veluti proprietatis" causa, (l. 2. §. 2. cit.) und machen es dadurch möglich, selbst solche in rem oder mixtae actiones zu den reipersecutorischen Klagen herbeizuziehen, welche weder rem noch poenam verfolgen (de liberis exhibendis etc.). Zu den poenales aber gehören nicht einmal alle Delictsobligationen (quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari — l. 7. vgl. l. 4. §. ult. D. de alien. jud. mut. caus. fact. 4, 7.), wenn es gleich anderwärts heißt: — quae (actio de dolo) neque post annum, neque in heredes, neque ceteros possessores dabitur, cum ex delicto oriatur — man lese nur fort: poenaeque nomine concipiatur, (si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo ejus, qui in possessionem missus sit) l. 9. §. 8. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5. Ist aber eine actio einmal als Pönalklage aufgestellt (poenae nomine concepta), dann mag in der poena zugleich res actoris verfolgt werden [*cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur . . . et rei „continet" persecutionem l. 9. §. ult. l. 11. D. reb. auct. jud.* und besonders die *legis Aq. actio*, welche ehedem schlechterdings *poenalis* hieß *l. 21. §. 8. D. h. t.*] und darum der Gebrauch der Klage sich etwas ausdehnen (l. 10. l. 35. D. eod. — nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur); der Begriff der poenalis actio scheint sich uns darum weder zu spalten, noch auszudehnen (s. dag. Arndts P. §. 98. und die dort in der Anm. citirten Schriftsteller; Sav. a. a. O.); der Gegensatz von „einseitigen" und „zweiseitigen" Strafklagen ist unrömisch, und wenn man also in den Quellen die Consequenzen der Einseitigkeit und Zweiseitigkeit nicht findet, so liegt die „irrige Verwechslung der Entschädigung mit der davon wesentlich verschiedenen Strafe" (Sav.

S. 50.) nicht bei den Römern. — Nach ebengesagtem kann uns in Folge eines Delictes etwas ex patrimonio abesse, und doch nur eine Pönalklage gegeben sein; möglicher Weise dagegen kann, wenn uns überhaupt etwas ex patrimonio abest, selbst anläßlich eines Contractes, eine „gemischte Klage" zustehen, die nicht nur zur rei persecutio, sondern nebstdem zur Einheischung einer poena aufgestellt ist (§. 17. §. 18. §. 19. J. h. t.)

Darnach schließt sich eine Eintheilung von actiones vel in simplum, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum conceptae an, wobei zu merken ist, daß nicht etwa blos die auf Multiplen pönal, daß die auf Multiplen sowohl blos pönal als gemischt sein können, und daß endlich unter den Multiplen auch bloße Prozeßstrafen (temere litigantium) enthalten sein können (§. 21 — 27 J. act.). — Unser heutiges Recht verlangt eine Scheidung 1) der überhaupt nicht mehr vorhandenen Strafklagen (z. B. der Popularklagen, Wächter a. a. O. IV.) von den noch vorhandenen; 2) der in letzteren etwa noch geltenden Multiplen von den nicht mehr geltenden; und endlich 3) Wahrung des pönalen — von Multiplen unabhängigen — Charakters der noch vorhandenen Strafklagen in Erbgang, Verjährung, Haftung Mehrerer, Concurrenz. Ad 1. u. 2. vergl. Kierulff, Theorie d. g. Civr. S. 173. Anm. XXX., Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. XIV: Ueber die Litiscrescenz S. 476. fg. ad 3. vgl. Sav. a. a. O. §. 312. not. d. g. i. etc.

Von den übrigen Unterschieden werden einige (stricti juris und b. fidei — directae und contrariae actiones — simplex und duplex actio), weiter unten und gelegentlich, andere aber (wie directae und utiles — in jus und in factum conceptae — certae und incertae etc.) in der Rechtsgeschichte besser am Platze sein.

§. 25.

Unter unsern „Klagen" gibt es solche, die nach der classischen Auffassung der Römer kein Recht waren, also auch nicht in der (rechtlichen) Macht des Klägers, sondern in der des Magistrates ruhten. Folgerecht hießen sie nur ausnahmsweise actiones; Keller (Civilpr. §. 74 — §. 81.) umfaßt sie unter seiner

„extraordinaria cognitio“ im weiteren Sinne. Durch edictale Begrenzung ihrer Voraussetzungen, und Untergang ihres formalen Unterschiedes im späteren Prozesse mögen sie Rechten ähnlich, und Actionen äußerlich gleichgeworden sein; ja mögen die praetoriae stipulationes und die Fälle der extraord. cogn. engeren Sinnes, soweit sie noch in Anwendung sind, für uns sämmtlich Rechte geworden sein, wie sie zum Theil es noch vor Justinian wurden: von den Interdicten sind dennoch gerade diejenigen, welche sich entschiedener Geltung bei uns erfreuen, immer noch vielleicht ebensowenig Klagerechte, als der Besitz ein Recht, zu nennen; und auch dasjenige, was den in integrum restitutiones zu Grunde liegt, werden wir kaum Rechte zu nennen wagen (vgl. Festus ed. O. Muell. S. 233: — in legitimis actionibus nemo — possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit —).

Die Interdicte und der Besitz.

§. 26.

Von der ausgedehnten, Göttern und Menschen, der Stadt und dem Bürger, friedewirkenden Macht der Interdicte (l. 1. l. 2. D. a. v. o. p. 41, 2) ist wenig mehr als der Besitzesschutz auf uns gekommen. Ein solcher besteht nicht darum, weil der Besitz ein Recht ist, sondern umgekehrt: weil ein Besitzesschutz besteht, und soweit er besteht, könnte der Besitz — wenn nur jener Schutz ein Recht wäre — Recht sein — ein Actionenrecht — Interdictenmacht, ein bloßes posse, ohne licere. Nur insoferne als der Besitz geschützt ist, nicht als ob er ein Recht sei, kann man sagen: daß qualiscunque possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet l. 2. D. uti poss. (43, 17.), [vgl. Rudorff, über den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte, Zeitschrift für g. R. W. VII. — besonders S. 108 fg.; — und über den Ausdruck *„jus possessionis“* in *l. 44. pr. h. t. l. 2. §. 38. D. ne quid in loco sacro 43, 8. l. 5. §. 1. ad L. Jul. de vi publ. 48, 6. l. 5. C. lib. caus. 7, 16:* Sav. Recht des Bes. 6. Aufl. §. 5. Anm. 1.] Es ist aber das possidere ein habere, (vgl. l. 49. §. 1. D. h. t. l. 18. §. 1. D. acc. 46, 4. l. 38. §. 6—§. 9 D. v. o. 45, welches „dupliciter accipitur; nam et eum habere dicimus, qui rei dominus

est; et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem apud nos depositam solemus dicere (§. 9. cit.). Eines der letzteren Art ist das possidere: l. 12. §. 1. D. a. vel o. poss. 41, 2: Nihil commune habet proprietas cum possessione — l. 52. eod. l. 3. §. 5. eod.: — in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat — l. 3. §. 22. eod.: Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide — z. B. l. 6. l. 15. eod.; — l. 1. §. 3. eod.: — etiam sine tutoris auctoritate incipere posse possidere pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse. Wir können diese letztere Art des Habens ein factisches (nicht gerade unrechtliches) Haben nennen, im Gegensatz zu dem ersteren, dem rechtlichen, welches aber wiederum nicht etwa justa possessio, sondern gar keine possessio, nur jure vorhanden, darum unsichtbar, jus nicht factum ist (vgl. l. 38. §. 6. D. v. o. cit.). Nicht so nothwendig und allgemein ist im Gegentheil das factische Haben etwas körperlich Erkennbares und Ausgezeichnetes, wie wohl alle diejenigen meinen, welche den Besitz als eine physische Herrschaft über Sachen oder als die Möglichkeit definiren, mit Ausschließung Anderer über dieselbe zu verfügen (Savigny, Recht des Besitzes, 6. Aufl. §. 1. Anm. 1. Puchta P. §. 122. Arndts P. §. 135. Mühlenbruch P. §. 230 &c.); hingegen durch Kierulff (Th. des gem. Civr. §. 14.) — aber auch schon durch den Anblick des Grundbesitzes überhaupt und insbesondere dadurch, daß wir saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus (l. 3. §. 11. eod.) mehr als in Zweifel gestellt ist. Hier, im Begriffe des factischen Habens selbst und vor allem wird es wahr, daß die possessio, so sehr sie, als Nichtrecht, bloßes factum ist, dennoch plurimum ex jure mutuatur non tantum corporis, sed et juris est (l. 49. pr. §. 1. eod.) und nur plurimum facti habet (l. 19. D. quib. ex caus. majores 4, 6.), indem sie zwar, besonders an Mobilien, in ausschließlicher Gewalt bestehen, überall durch solche begründet und aufgehoben werden kann (D. de vi et de vi armata 43, 16.), und auch in allen Fällen etwas Körperliches zur Entstehung fordert (l. 8. h. t. l. 153. D. r. j.: — ut . nulla possessio adquiri nisi . et corpore potest), dagegen aber dieses Körperliche

ihrer Begründung nicht mehr als ein „partem fundi introire“ (l. 3. §. 2. D. h. t.), eine s. g. longa manu traditio (l. 18. §. 2. eod. l. 79. D. solut.) ein oculis et affectu apprehendere, claves tradere (l. 1. §. 21. D. h. t.) trabes signare (l. 14. §. 1. peric. et comm. r. v. (18, 6)) etc. zu sein braucht (vergl. Sav. a. a. O. §. 16.), die Fortdauer des Besitzes aber auch sine corpore, solo animo [*l. 3. §. 8. eod.* — ***si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint (discesserintve), animo retinebo possessionem.*** *§. 9. §. 11. eod. l. 25. §. 1. §. 2.* — ***quod solo animo possidemus***] ja sine corpore und sine animo (arg. l. 27. eod.) möglich ist; — kurz die Gewalt und die Natur des Besitzes ist unter der Herrschaft des Rechtes zurückgedrängt, auf dem Gebiete des Rechts ist er ansässig („naturalisirt“) und dann durch die Berührung mit dem Rechte „civilisirt“ worden.

Seitdem gibt es — wenngleich der Ausdruck sich nicht finden sollte — ein jus possessionis im objectiven Sinne des Wortes, d. i. rechtliche Bestimmungen über das Dasein des Besitzes, in denen seine Naturseite theils anerkannt, theils rechtsähnlich modificirt ist. Seitdem gibt es denn auch einen „Erwerb“ des Besitzes, dem der Erwerb des Eigenthums merkwürdigerweise als ein Erwerb von „Sachen“ parallel läuft (z. B. l. 38. §. 1. D. h. t.); und eine alienatio possessionis mit demselben Gegensatze (l. 11. D. a. r. d. 41, 1.). Beim „Erwerb“ und der „Veräußerung“ des Besitzes, — worin das Recht herrscht — denken wir nicht an Entwendung und Vertreibung aus dem Besitze, in denen Gewalt und Natur herrscht; und auch die possessio selbst ist in der traditio possessionis vielmehr als ein „Rechtsding“ (res juris) denn als physische Macht zu denken.

Die Civilisirung des Besitzes läßt sich vielleicht historisch erklären: nicht blos aus dem Handel und Wandel mit der possessio am ager publicus (Niebuhr, R. G. II. 3. Aufl. S. 172.), sondern näher noch aus dem mit Sachen überhaupt, vor Einführung der Publiciana actio, da man tausendmal blos Besitzer war, unter denselben Umständen, und in derselben Lage, in der man nachmals Eigenthümer ward (vgl. l. 3. §. 21. D. h. t.) — Besitzer weder aus, noch in Gewalt,

durch Separation, Occupation, Tradition — zum Theil mehr Zeichen, als Mittel beginnender Herrschaft — freilich nicht in quiritischer, aber in natürlich rechtlicher Weise. Nicht unrecht demnach hat Bruns (Recht des Besitzes 1848, §. 1.) das verschmähte „dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse" (l. 1. §. 1. D. h. t.) wiederhervorgezogen; Jahrhunderte lang Vertreterin und Vorläuferin des nachmaligen natürlichen Eigenthums (ejus esse ohne jus Quir.) entwickelte die possessio die natürlich-rechtlichen Formen desselben an und in sich, mußte schon hiedurch eine res juris, durch Interdicte und Usucapion aber ein wünschenswerther und selbstständiger Gegenstand für den Verkehr werden, und es auch bleiben, nachdem dominii causa — nichts als eine species possessionis, mit höherer Wirksamkeit und stärkerer Dauer ausgerüstet, — sich von ihr ablöste.

So kann es Niemanden wundern, daß die possessio nicht einmal mehr alles factische Haben in sich begreift: keines an Sachen, woran der Besitzer nicht einmal möglicherweise Eigenthum haben könnte (l. 30. §. 1. §. 3. l. 23. §. 2. D. h. t.), keines in Personen, welche nicht einmal möglicherweise Eigenthum an was immer haben könnten (l. 49. §. 1. l. 30. §. 3. D. h. t. l. 38. §. 7. D. v. o.), keines, das zwar nach Person und Sache, nicht aber dem Willen der Person nach Eigenthum sein könnte. Wo dagegen diese drei Möglichkeiten vorliegen, ist das factische Haben possessio, mag in Wirklichkeit Eigenthum da sein oder nicht, die possessio bonae oder malae fidei, justa oder injusta sein; diese Unterschiede haben nur zu Auszeichnungen und Absonderungen des Usucapionsbesitzes, nicht aber zur Aufhebung des einigen Besitzbegriffes führen können. Indessen drohte eine Spaltung, in dem Gegensatze der justa und injusta possessio l. 3. §. 5. eod. Paul.: — plures eandam rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam coeppe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere: duos injuste vel duos juste non posse . quem Labeo reprehendit: quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat. Quod est verius; non magis enim eadem possesio

apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris; vgl. auch l. 15. §. 4. D. prec. (43, 26.) Pomp.: Eum qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. Placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum, qui rogasset, qua possederat corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possesione. Auch Julian war für diese Begriffsspaltung, arg. l. 19. pr. eod.: Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam; nam neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt (vgl. Sav. a. a. O. §. 11. Anm. 2.) und auch Ulpian neigte sich zu derselben hin: l. 17. pr. D. h. t. (41, 2.): Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum Interdicto de Vi reciperandae possessionis facultatem habeat, wenn er sie gleich in l. 3. pr. D. uti poss. (43, 17.) ad absurdum führen zu wollen scheint. Wogegen aber wieder Celsus: l. 5. §. 15. D. commod. (13, 6.) — duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse. Was immer die practische Seite dieser Differenz gewesen sein mag (Sav. a. a. O. S. 189 fg., vgl. Puchta, Inst. II. §. 229. Nr. 3.), so scheint uns Trebatius und sein Anhang doch nicht erst durch eine „juristische Fiction" (Sav. a. a. O. S. 182.), sondern durch immer weitergehende Befreiung des Besitzes von seinen körperlichen Banden zu jener Annahme gekommen zu sein.

§. 27.

Wenn nun aber der juristische Besitz zwar ausschließliche physische Gewalt sein kann, es aber nicht überall ist, was ist er denn überall und nothwendig? und wenn er zwar überall als irgend eine Beziehung der Person zur Sache zu denken ist, aber als solche häufig nicht in's Auge fällt: woran ist er denn kenntlich? Kenntlich ist er überall auf demselben Punkte, auf dem allein es auch die Rechte sind: in der Entstehung. So handeln die Quellen nicht de possessione, sondern de acquirenda possessione. Wir erlangen aber possessionem animo et corpore, neque per se animo aut per se corpore — (l. 3. §. 1. D. h. t.)

d. i. durch eine Handlung, und zwar, wenn es erlaubt ist alle Handlungen in Worte (animus) und Werke (animus und corpus) zu theilen, durch ein Werk. Dieses ahmt wenigstens nach die beiden Kategorien juristischer Handlungen, Delicte und Rechtsgeschäfte; ja es ist ein Delict: als Gewaltthat [z. B. *l. 5. D. interd. 43, 1: Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum quos in potestate habemus, dantur: veluti cum vi dejecerunt etc. l. 5. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7.*] als furtum, sowohl possessionis (z. B. l. 1. §. 3. D. furtis 47, 2) als rei ipsius (z. B. l. 3. §. 18. D. h. t. l. 22. §. 1. furt.), sowohl als Betrug (z. B. l. 43. pr. eod.) und Unterschlagung (z. B. l. 1. §. 2. eod.) wie als Diebstahl (subripere, amovere, auferre) als clandestina possessio [*clam possidere eum dicimus qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et, ne faceret, timebat. l. 6. D. h. t.*] wenn es noch eine solche gäbe, vergl. Sav. a. a. O. S. 553 — als Invasion auf leeren Grundstücken von Absentern (l. 11. C. unde vi (8, 4.) — talem possessorem uti praedonem intelligi) — als Selbsthilfe, s. oben §. 24; ja es ist ein Rechtsgeschäft: als Occupation [*l. 1. §. 1. l. 3. §. 21. D. h. t. l. 1. — l. 3. D. a. r. d. (41; 1)*] — als Tradition („tradita possessio" l. 18. §. 2. l. 34. D. h. t. etc. „translatio possessionis" l. 4. §. 2. D. alien. jud. mut. 4, 7), woneben es unwahr ist, daß „die Erforderniße des Besitzerwerbs sich nicht „verändern, er mag unter Mitwirkung eines bisherigen Besitzers, „Tradition, geschehen, oder durch die bloße Thätigkeit des Er„werbers, Occupation" (Puchta, P. §. 130), indem auch hier die Tradition ein zweiseitiges Geschäft ist, dessen rechtliche Natur theilt, und also der Besitzerwerb durch Tradition sich anders gestalten muß, als der übrige. Warum auch possessionis traditio nicht eben sowohl als dominii traditio eine Succession enthalte, (Puchta a. a. O.) sehen wir nicht ein. [*l. 1. §. 21. D. h. t. — pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint — l. 34. pr. eod.: Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero: non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus — — animo adquiri possessio potest — sed non puto,*

errantem adquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. l. 38. §. 1. eod.: — possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit. Auch sonst zeigt die *traditio possessionis* dieselbe innere Anlage, wie *rerum traditio: l. 38. §. 1. cit: Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset: non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit — l. 33. §. 3. D. usurp. 41, 3. l. 34. pr. cit. etc.; l. 5. D. h. t. — si non voluntate mea nactus sis possessionem — l. 3. §. 9. eod.* wie denn überhaupt über *possessio recte tradita* gewacht wird *l. 33. D. h. t.* Jene *voluntas* aber muß für *possessio* nicht minder Successionsgrund sein, als sie allein es für *res* ist; vergl. auch *l. 14. §. 1. D. div. temp. praesc. et acc. possess.: Plane tribuuntur (accessiones poss.) his, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate* —]

Zergliedern wir unsere Handlung nach ihren beiden allgemeinen Bestandtheilen, so lebt in der körperlichen Seite derselben die Naturseite der possessio fort, weil das „corpore apisci p." nichts anderes sein oder vorstellen soll, als eine Begründung natürlicher Gewalt, über die Sache selbst, oder nach außen. Allein diese Gewaltbegründung stuft sich nicht nur je nach Art der Sachen ab, von wahrer Bewältigung bis zu bloßer Annäherung [*l. 3. §. 13. — §. 16. D. h. t. l. 3. §. 2. — l. 5. §. 6. l. 55. D. a. r. d. 41, 1; — l. 3. §. 3. l. 44. D. h. t. l. 15. D. ad exh. 10, 4; — l. 1. §. 21. D. h. t: Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit: videri mihi traditam Priscus ait — Non est enim corpore et (t) actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. Et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint,* —] sondern auch, je nachdem sie mit, ohne, wider Willen des bisherigen Besitzers vor sich gehen soll, von der Gewaltthat wiederum bis zu bloßer Sicht und Nähe (l. 18. §. 4.; l. 3. §. 8.; l. 3. §. 18; l. 1. §. 21.; l. 18. §. 2. D. h. t. l. 9. §. 6. D. a. r. d. 41, 1. l. 74. D. c. e. 18, 1. l. 51. D. h. t.: Quarundam rerum animo possessionem apisci nos, ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero

et eum venditor tollere me jussit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae simul essent. Sed videamus (inquit) ne haec ipsa corporis traditio sit: quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur? In eo puto hanc quaestionem consistere, an etiam si corpore acervus, aut amphorae adprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur. Nihil video interesse utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat; utrobique enim animi quodam genere possessio erit aestimanda. Custodia ist hier überall denn doch noch begründet; allein schon an gewissen Mobilien selbst diese nicht mehr: l. 14. §. 1. D. peric. et comm. (18, 6): Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset (vergl. Sav. a. a. O. §. 16. S. 251), geschweige denn überall bei der Tradition von Immobilien: l. 3. §. 2. D. h. t. — Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus introire — l. 18. §. 2. eod: — quamquam id nemo dum attigerit. Aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat: non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem, vergl. l. 79. D. solut. (46, 3) — quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi, et quodammodo manu longa tradita existimanda est. Soll jenes trabes signare ein „Zeichen" nicht auch des Besitzes sein (vergl. Böcking, Inst. §. 124. Not. 31.)? Zudem kann der Grundbesitz zwar gleich anderem Besitze mit und wider und ohne den Willen, nicht aber ohne Wissen des bisherigen Besitzers erlangt werden; denn si quis nunciet, domum a latronibus occupatam, ... constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus (l. 3. §. 8. §. 9. l. 18. §. 3. l. 25. §. 2. D. h. t. l. 9. pr. D. quod. met. 4, 2). — Allgemein hat die Gewalt über Sachen eine Seite nach außen, gegen Andere, gegen Elemente, Thiere, die freilich leicht mit der über die Sachen selbst zusammenfällt — custodia, — aber wie schon bemerkt zur Besitzerlangung nicht einmal bei allen Mobilien nothwendig ist.

Der animus unserer Handlung aber ist nicht, wie man zu meinen scheint, gleich eine dialectische Zersetzung des Besitzbegriffes, sondern wie, wer Eigenthum erwirbt, Eigenthum will, so will, wer Besitz erwirbt, Besitz: l. 23. §. 2. D. h. t.: Si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam — l. 10. §. 1. eod.: — qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret — l. 41. eod.: — non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat — l. 1. §. 9. eod. — talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi. — Erst jetzt entsteht die Frage, was denn, wer Besitz will, in diesem Besitze will. Wenn nun gleich in den Quellen der Ausdruck animus domini, oder animus rem sibi habendi nirgends vorkommt (Böcking, Inst. §. 123. Anm. 7.), so scheint uns doch der letztere von ihnen alles auszusprechen, was in dem animus possidendi liegt; nur daß man ihn nicht in den animus sibi habendi (Sav. a. a. O. §. 9. S. 113.) verkürzen, noch über dem „sibi" alles andere vergessen darf. Es ist nämlich der animus possidendi 1) ein animus habendi, aber nur des factischen, nicht auch des rechtlichen Habens, so daß er in dieser Beziehung kein animus domini ist, der nach dem rechtlichen Haben, damit denn auch nach der in diesem gelegenen rechtlichen Macht (z. B. rei (dominii) alienandae potestas etc.) trachtet, sondern eine bloße affectio tenendi (l. 1. §. 3. D. h. t.) auf eine blos natürliche Macht über die Sache (*κρατεῖν, φυσικῶς κατέχειν* Theoph. zu §. 2. J. 3, 29.) gerichtet, (f. dagegen Arndts, Zeitschr. f. Civilr. N. F. III. Nr. 9. S. 371. Anm. 10.); — 2) ein animus rem habendi, also die Sache selbst und ganz begehrend, nicht blos einzelne Seiten derselben, wie z. B. ein Usufruktuar oder Pächter. In dieser Beziehung ist der animus possidendi ein animus domini, und muß hervorgehoben werden, wie Theophilus, der zu §. 2. J. 3, 29. die *ψυχὴ δεσπόζοντος* des possidens (*νεμόμενος, νόμῳ νεμόμενος*; vgl. Theoph. zu §. 5. J. 4, 15.) nur allgemein hervorhebt, diese zu §. 4. J. 2, 9. speziell dem Usufructuar gegenüberstellt; — 3) ein animus rem ha sibi bendi, also für für sich, und ausschließlich.

Alle zusammen geben diese drei Richtungen des animus den animus possidendi, und in Verein mit Apprehension rc. kurz der körperlichen Seite der Handlung possessio.

Ein factisches Haben, äußerlich ununterschieden von dem unseres Besitzers, und doch keine possessio, sondern ein bloßes „in possessione esse," „tenere" „naturaliter possidere" (Detention) legen wir darum dem Pächter, Usufructuar, Commodatar je nach Umständen dem Precaristen bei (l. 3. §. 20., l. 10. §. 1., l. 12. pr. l. 24. l. 49. pr. l. 52. pr. D. h. t. l. 9. D. r. v. 6, 1.), obwohl alle diese Personen die Sache nicht nur haben, sondern auch für sich haben wollen [was man sich freilich zu verheimlichen pflegt, in der Meinung, daß der *animus rem sibi habendi* für sich allein den Besitzeswillen auszeichne]; ein factisches Haben, äußerlich ununterschieden von dem unseres Besitzers, aber wiederum bloß Detention ist das des Procurators, dieses insonderheit ein alieno nomine possidere (l. 18. pr. l. 1. §. 20. D. h. t.) und ihm hierin die Detention des Depositars ähnlich; dort fehlt es an dem animus rem sibi habendi, hier an dem animus rem sibi habendi. (vergl. überhaupt Theoph. zu §. 5. J. 4, 19). Um so weniger kann ein tenere ohne allen animus (l. 1. §. 3. D. h. t.) possessio sein. Wie wir also gewisse Fälle des factischen Habens, 1) wegen der Sache, 2) wegen der Person, aus unserer possessio ausscheiden sahen, so müssen wir 3) solche absondern, denen es am Willen oder rechten Willen gebricht. (Vergl. oben §. 26. S. 58).

Einmal entstanden kann der Besitz, durch Tradition, aufgelassen werden und übergehen selbst auf solche, die weder vorher noch nachher die Sache ganz und schlechthin für sich haben wollen (s. g. abgeleiteter Besitz). Nothwendig ist dieses der Fall, wo zu Pfand gegeben wird [Sav. a. a. O. §. 24. *l. 37. D. pign. act. 13, 7: Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio; cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi*]. Besser ist es auch, wir behalten im Auge, daß der Schuldner omnino non possidet (l. 36. D. h. t.), als daß er intelligitur possidere (ad usucapionem nämlich) l. 36. cit. l. 16. D. usurp. 41, 3. l. 1. §. 15. D. h. t.; — voraussätzlich ist es der Fall, wo precario gegeben wird: [Sav. §. 25: *l. 4. §. 1. D. prec. 43, 26: — eum qui precario habet, etiam possidere. l. 6. §. 2. D. eod.: Is qui rogavit, ut precario in fundo more-*

tur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet. Nam et fructuarius inquit et colonus et inquilinus sunt in praedio; et tamen non possident. l. 10. §. 1. D. h. t.: — precario autem rogavit, non „ut possideret“ sed „ut in possessione esset.“] Die entgegengesetzte Präsumtion soll nach *l. 33. §. ult. D. usurp. 41, 3* a. E. dann gelten, wenn der Schuldner vom Pfandgläubiger *precario* empfängt [*precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.* vergl. dag. *l. 6. §. 4. D. prec.*]; — in Betreff des Sequester dagegen (l. 39. D. h. t.) interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res: nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit probatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. l. 17. §. 1. D. dep. (16, 3): Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet etc. dazu Sav. §. 25. S. 347. Anm. 2.

Den Neueren hat es auffallend geschienen, daß Leute, die doch den vollen animus rem sibi habendi nicht haben, possessionem haben können; die Alten redeten nicht davon. Vielleicht wird es auch uns verständlicher, wenn wir wiederholen, daß possessio nicht blos res facti, sondern res juris, gerade dadurch aber übertragbar wird gleich dem Eigenthum (vgl. oben S. 57); wenn wir dann bedenken, daß in allen jenen Fällen tradirt wird, und zwar nicht etwa blos die Sache oder ein Körper, sondern res juris, die possessio, ein nicht erst zu gründender, sondern ein bereits vorhandener Besitz [*l. 6. §. 4. D. prec. — cum possessionis rogetur (precarium) non proprietatis — l. 17. §. 1. dep. Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi (possessio) apud sequestrem deposita est*]; — bedenken, daß vor allem die Uebergabe an den Sequester, dann aber auch die zu Pfand, ja selbst die precaristische sich charakterisirt als ein Anvertrauen (fiducia Gaj. II. 69) — und daß derjenige, dem ein Gut anvertraut ist, zwar das Gut hat, nicht aber als das seinige. So hatte selbst bei der alten fiducia der Gläubiger oder Freund das an ihn aufgelassene Eigenthum, und gleichwohl konnten sie nur formell die Sache ihr

Eigen nennen (vergl. Scheurl, Beitr. II. 1. S. 96. §. 6. fg.). So verwerflich (Sav. a. a. O. §. 24. S. 339. Anm. 2) war es also nicht, wenn Unterholzner an die alte fiducia anknüpfte. — Daß auch der Emphyteuta den vollen animus rem sibi habendi nicht hat (Sav. a. a. O. §. 9. S. 123), muß angenommen werden; ob aber auch ihm possessio tradirt werde, ist zweifelhaft; davon unten (S. 79). — Seit Savigny (a. a. O. S. 125. fg.) nennt man solche Besitzesfälle, in welchen der Besitzer den vollen animus rem sibi habendi nicht hat, „abgeleiteten" Besitz. Diese Bezeichnung hat das Mißliche, daß sie dasjenige nicht bedeuten soll, was sie ausdrückt, also auch dasjenige was sie bedeuten soll, nicht ausdrückt. Denn abgeleiteter Besitz ist dem Ausdrucke nach ein derivativ erworbener Besitz; und jede tradita possessio müßte demnach unseres Erachtens „abgeleiteter" (d. i. übertragener) Besitz genannt werden können; allein der abgeleitete Besitz soll nicht jeden tradirten Besitz bedeuten, sondern wenn wir recht verstehen, nur denjenigen, welcher vom Besitzer als ein fremder gedacht wird. Das nun scheint nicht im Namen zu liegen. Uns ist der s. g. abgeleitete Besitz eine species des abgezeiteten d. i. übertragenen Besitzes (tradita possessio) überhaupt, enthält gleich diesem (s. oben S. 60) eine Besitzes-Succession (s. dag. Sav. S. 126. Anm. 1.); besser denn als „abgeleiteter" Besitz würde er sich auszeichnen vielleicht als „anvertrauter."

Daß der Gewalthaber durch seine Unterworfenen Besitz erwarb, ist bei den Alten (l. 1. §. 5. D. h. t.) und Neueren gleich ausgemacht; Letzteren aber müssen wir entgegenhalten, daß hierin nicht der Gedanke der Stellvertretung, sondern der der Alleinherrschaft waltete, welche Alles, was der Unterthan erwarb, possessio wie Eigenthum und Forderung, mit unsichtbarer Gewalt an sich zog. (vergl. m. krit. Bl. Nr. 2. S. 9.). Freilich wäre das nicht möglich gewesen, wenn possessio nichts als oder nothwendig „ausschließliche (physische) Gewalt des Besitzers über die Sache" wäre. Darauf, daß Stellvertretung Einen zum Besitzer machen solle, der zum Erwerbe nichts oder nur Einiges hinzuthut, ging das Römische Recht nur zögernd ein: Paul. R. S. V. 2. §. 2: Per liberas personas quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem utilitatis causa receptum

est. Von dem Procurator muß, wenigstens in dieser Zeit der Entwicklung, der Mandatar unterschieden worden sein: l. 59. D. a. r. d. (41, 1.): Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit (Nerat.) l. 2. C. de his qui a non dom. manum. (7, 10.) Alex.: Felicissima, quam mandante te servum emisse dicis, si dominium servi, quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate ejus, quem manumissum dicis, possessio tibi tradatur; merkwürdigerweise spricht auch l. 20. §. 2. D. a. r. d. (41, 1.) Ulp. wieder von einem Procurator: Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, — dann aber in einer solchen Allgemeinheit, daß man den bloßen Mandatar mitbegriffen glauben möchte: quia placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium; und so auch l. 53. D. eod. (Modestin.): — quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Wenn dagegen (l. 51. D. h. t. Javolen.) si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me jusserit, simulatque custodiam posuissem, traditus mihi videtur, und der Jurist dann beifügt: nihil interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat, so müssen wir zwar diesem custos die Ehre eines Mandatars lassen, allein sein Mandat geht nicht auf Erwerb, sondern blos auf Bewachung. — Unmittelbare Stellvertretung durch Tutoren und Curatoren finden wir neben der durch Procuratoren ausgemacht in l. 1. §. 20. D. h. t.; desgleichen endlich auch die für juristische Personen (l. 1. §. 22. l. 2. D. h. t.). — — Was von der Fortführung des Besitzes — animo nostro, corpore etiam alieno possidemus l. 3. §. 12. D. h. t. — gilt auch von dem Erwerbe, sogar von dem durch Sclaven und Kinder, woferne sie nicht für sich (peculium), sondern wirklich als Stellvertreter für den Gewalthaber handeln arg. l. 3. §. 12. cit.: quasdam res etiam ignorantes possidemus, i. e. quas servi peculiariter paraverunt — l. 44. §. 1. D. h. t.: quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur? Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere.

Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo (solo) videatur adquiri possessio; nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem. Papinian scheint uns in seiner Antwort diesmal viel gescheidter als vernünftig gewesen zu sein; sollte beim Peculiarerwerb nicht etwa deswegen der animus des Sclaven genügt haben, weil es sich um sein (quasi) patrimonium handelte? Von diesem Standpunkte betrachtet hätte das Recht — welches von Papinian nur erklärt, nicht gemacht ist — in diesem Falle keine Singularität erzeugt: eine, freilich fast unausweichliche Singularität dagegen ist es, daß selbst bei wirklicher Stellvertretung, wo lediglich für den Vertretenen erworben wird, mitunter des Vertretenen animus entbehrlich ist: arg. l. 13. §. 1. D. a. r. d.: Et tutor pupilli, pupillae, similiter ut procurator emendo nomine pupilli, pupillae, proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus. Dieses gilt aber nicht blos von dem Pupillen (vgl. z. B. l. 1. §. 22. D. h. t. Sav. a. a. O. §. 26. c. S. 367). — Wo nun aber, der Regel gemäß, des Vertretenen Wille mit dabei sein muß, braucht dieser gleichwohl von dem Erwerbsacte selbst nichts zu wissen; selbst hier also kann, in beschränkterem Sinne freilich, ignoranti acquiri: §. 5. J. per quas pers. (2, 9): per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed et ignorantibus vobis adquiri possessionem, secundum D. Severi constitutionem l. 13. pr. D. a. r. d. l. 1. C. h. t. (7, 32). Der Wille muß, damit sofort mit dem Erwerbsact dem Vertretenen erworben sei, voraufgehen; darüber was für ein Wille wird gestritten; ältere Juristen (Donellus, Vinnius) ließen sich an einem Generalmandate genügen (§. 5. J. cit.); die neueren fordern meistens ein Spezialmandat (Sav. §. 26. S. 366.) wegen folgender Stellen: l. 42. §. 1. D. h. t.: Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem; vgl. l. 13. pr. D. a. r. d. Paul. R. S. V. 2, §. 2: — per procuratorem adquiri nobis possessionem posse .. receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur. l. 24. D. neg. gest. (3, 5.): Si (ego) hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa

creditoris fieret: proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor, etiam invito me, ratum habendo pecuniam suam facere. — Es scheint indessen diese neuere Ansicht an der Frage, wann das Spezialmandat speziell genug sei (Puchta, Rechtslex. II. S. 61. Scheurl, Beitr. I. Nr. 8. S. 219—219.) scheitern zu wollen (vgl. Bremer, Beiträge zur Lehre von dem Besitzerwerb durch Stellvertretung, Zeitschr. f. Civilr. und Civpr. N. F. XI. S. 214.); mit Bremer finden wir in diesen Stellen den Gegensatz, nicht des Spezialmandats zum Generalmandat, sondern des Mandats zum Nichtmandat; es kann Jemand mein Procurator sein, ohne Mandat zu Erwerbsgeschäften; nicht immer braucht eine Procura zu enthalten, was folgende: l. 60. D. mand. (17,1.): „— concedo tibi de omnibus meis ut vis negotiari, sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut dominus omnium meorum, me omnia firma esse a te facta existimante, et non contrarium dicente tibi ad ullam operationem." Der absens dominus bei Paul. R. S. l. cit. endlich scheint auch uns ein dominus ohne procurator zu sein. — Des Stellvertreters animus muß die Beschaffenheit haben, daß er „et ipse nobis velit adquirere", „nostro nomine accipiat", „operam suam dumtaxat accommodaret"; wenn er suo nomine nactus fuerit possessionem, nobis non potest acquirere: l. 1. §. 19. §. 20. D. h. t. Wie nun aber sind l. 13. D. donat. (39. 5.) Ulp. und l. 37. §.6 D. a. r. d. Julian. 1) mit den vorigen Stellen, 2) unter einander zu vereinigen? l. 13. cit.: — nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit l. 37. D. a. r. d. — nam etsi procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Alle Uneinigkeit verschwindet, wenn wir der Auslegung folgen, welche Bremer (a. a. O. S. 249. fg.) bei Donellus schwerlich gefunden haben würde, wenn er sie nicht zuvor gehabt hätte. — Ob endlich auch der Tradent, damit unmittelbar der Prinzipal erwerbe, einen gewissen Willen haben müsse? l. 13. pr. D. a. r. d.: Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur, etiam ignoranti. (Puchta,

Vorl. §. 148. Kleine civ. Schr. Nr. 32. Scheurl, a. a. O. S. 210.).

Solo animo wird der Besitz von uns erworben, wenn der bisherige Besitzer unser Stellvertreter ist [*l. 18. pr. D. h. t. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere — desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio* — z. B. *l. 77. D. r. v. 6, 1.: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit. Posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistola emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset. l. 28. l. 35. §. 5. C. donat. 8, 54.* — s. g. *Constitutum possessorium*, Sav. §. 27.]; — ferner wenn wir naturalem possessionem bereits hatten [*l. 9. §. 5. D. a. r. d. l. 62. pr. D. epict. 21, 2. l. 9. §. 9. D. r. cr. 12, 1* — ein Fall der s. g. *brevi manu traditio*; den andern s. z. B. in *l. 21. §. 1. D. a. r. d. Si rem meam possideas et velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit.* vgl. Sav. §. 19. Anm. 2.]. In Anbetracht dieser beiden Fälle drückten sich Neratius und Proculus zu enge aus, wenn sie l. 3. §. 3. D. h. t. sagten: Solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio.

§. 28.

Wenn wir den Besitz an seiner Entstehung erkennen, so kann das, was er ist, und das woran wir ihn erkennen nicht Eins sein: trotz all des Zusammenhanges, der zwischen dem Sein oder dem Wesen der Dinge, und ihrem Werden sein muß. Wie wir aber für die Bestimmung dessen was der Besitz ist, in seiner Entstehung den einen Stützpunkt haben, so liegt nothwendig der andere in seinem Untergang. Nach der in l. 153 D. r. j. ausgesprochenen Regel: — Ut nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est (Paul.). [wo zu „*utrumque*" *l. 10. §. 13. D. grad. 38, 10. Paul. Frater . . per utrumque parentem accipitur, i. e. aut per matrem tantum, aut per patrem, aut per utrumque* — und dann *l. 44. §. 2 D. h. t.* — *possessionem amitti vel*

animo, vel etiam corpore — endlich Sav. a. a. O. S. 387 bes. S. 393 Anm. 1 zu vergleichen ist] kann der Untergang des Besitzes 1) durch ein bloßes Wort (Willenserklärung) des Besitzers [*l. 3 §. 6 eod. — si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest: l. 17 §. 1 eod. — possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere*], darum nicht von jedem Besitzer (l. 27 eod.), oder doch nicht von jedem für sich allein (l. 29) — anstatt des Wortes aber durch concludente Handlungen (vergl. Sav. a. a. O. S. 421 l. 37 §. 1 D. usurp. 41, 3 vergl. l. 4 C. h. t.) herbeigeführt werden. Diesen Willen hat auch derjenige, welcher den Besitz tradirt; auch dann wenn es wegen Irrthums oder sonstigen, dem Tradenten verborgenen Umstandes zu keinem Consense kommt, und also der Besitz nicht übergeht? Die römische Jurisprudenz durfte schwanken: l. 18. §. 1. D. h. t. Celsus. Si furioso, quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris: licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim est ridiculum dicere quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: imo vult dimittere, quia existimat se transferre. l. 34. pr. D. h. t. Ulpian. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego me putarem in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam (quando: Hal.) autem in corpore (non: Hal. und Vulg.) consenserimus, an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Das Beste was man zu Gunsten dieser letzteren Ansicht sagen konnte ist gesagt (Scheurl, Beitr. II. Heft Nr. 8. Sachenerwerb durch Tradition S. 202), aber immer noch nicht genug um dem Celsus, der nicht so nützlich, aber richtiger gedacht hat als Ulpian, einen „Fehler" vorzuwerfen. In nächster Nachbarschaft steht l. 36. D. a. r. d. (41, 1) Julian. und l. 18. pr. D. r. cr.

(12, 1) Ulp. ein Conflict, in dem Ulpian dieselbe Biegsamkeit gezeigt hat. Der Besitz geht ferner verloren, 2) ohne den Willen des Besitzers, corpore: durch Dejection (l. 1 pr. D. de vi 43, 16), welche auf gewisse Fälle der Flucht ausgedehnt ist [*l. 9. pr. D. quod met. 4,2. — si posteaquam ingressi sunt, tunc discessi — l. 1 §. 29 de vi — qui metu turbae perterritus fugerit* — mit Unterscheidung der *visi armati*, und des *audito, quod quis cum armis veniret*, der *armati venientes* und *alibi tendentes l. 3 §. 6 eod. l. 9 pr. D. quod met. 4, 2 l. 33 §. 2 D. usurp. 41, 3 Cic. pro Caec. c. 16*] sowie auf Prohibition [*l. 1. §. 24. de vi — Si prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit*]; beim Grundbesitz aber nicht schon durch bloße Invasion Anderer l. 18 §. 3 rc. D. h. t., auch dann nicht, wenn der Besitzer abwesend ist (animo solo possidet) l. 3 §. 7, l. 6 §. 1, l. 44 in fin., l. 46, l. 25 §. 2. eod.) wie denn überhaupt bloße Abwesenheit kein amittere, sondern animo retinere possessionem ist (l. 3. §. 11. l. 44. in fin. eod.). Um so weniger, wenn wir per alios (colonos, inquilinos, servos nostros, procuratores etc.) corpore possidemus (corpore alieno) l. 3. §. 12. l. 25. §. 1 eod. Wie wenn diese discedunt, decedunt? l. 3. §. 8. in fin: — animo retinebo possessionem l. 25. §. 1. — si moriantur aut furere incipiant aut alii locent — retinere nos p.. l. 44. §. 2. D. h. t. Papin.: — cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmetipsos an per alios possideremus. Nam ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore; si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus; ejus vero, quod servi, vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset; eamque amitti nobis quoque ignorantibus. l. 40. §. 1. eod. — propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur. Quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus apisci possessionem neglexerit. Aliud (al.: „idem") existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. In Betreff des sponte discedere vgl. auch noch l. 31. D. de

dolo mal. (4, 3). Wie wenn sie tradiren? l. 33. §. 4. D. usurp.: qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio. Et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit: quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res, alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit — dejicirt werden? l. 1. §. 22. D. de vi: quod servus vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere: et ideo his dejectis, ipse dejici de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat. — Diese Vorstellung, daß Jene für den Herren ꝛc. besitzen, neben der anderen: daß man abwesend, solo animo, fortbesitze, mußte zum Conflicte führen, wenn auch „idem" in l. 40. §. 1. cit. die richtige Lesart ist. Einen solchen entschied Justinian in l. 12. C. h. t. (7, 32.): Ex libris Sabinianis quaestionem . . relatam tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia nobis est possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, — — sed et ipse, si liberae conditionis est, competentibus actionibus subjugetur etc. Was für einen, darüber vgl. Sav. a. a. O. S. 442. Vang. §. 209. Arndts §. 143. Anm. Sint. §. 45. Anm. 26. — Den Besitz an Mobilien verlieren wir corpore nicht durch „Verlegen" (si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio (l. 3. §. 13. l. 44. pr. D. h. t.), wohl aber „verlierend" l. 3. §. 13. cit. l. 25. pr., überhaupt dadurch, daß wir custodia über sie selbst (l. 3. §. 14—16.), gegen Andere (l. 3. §. 18. l. 15. eod.), gegen die Elemente (l. 13. pr. l. 3. §. 17. eod.) verlieren. Auch Tod und Gefangenschaft verkehren das Körperliche des Besitzes ins Gegentheil: nur daß sie von der Person, nicht von der Sache ausgehen (arg. l. 23. pr. D. h. t. l. 44. §. 3. D. usurp. 41, 3; l. 15. pr. D. eod.) — 3) Corpore et animo: l. 3. §. 9. D. h. t.: — nostra voluntate discedere; — l. 7. eod.: — si nolit . reverti, quod vim majorem vereatur; l. 9. D. quod met. (4, 2.): —

qui dejici non exspectavi, sed profugi; — Tradition; durch Stellvertreter l. 9. §. 4. D. a. r. d. (41, 1).

§. 29.

Zwischen der Entstehung und dem Untergange des Besitzes liegt nun mitten inne, das was der Besitz ist. Person und Sache, Anfang und Ende, haben stillschweigend den Beweis geführt, daß er kein bloßes Naturding ist, dann aber freilich auch kein bloßes Rechtsding. Ueberall ist er, wie wir eingangs bemerkt haben, ein factisches Haben, d. i. die natürliche Möglichkeit, eine Sache zu gebrauchen, und zwar die für den Besitzer, nicht für überhaupt wen, — und die für jetzt, nicht für irgend einmal vorhandene Möglichkeit; so daß er denn auch nicht erst mit der Sache, sondern durch Ereignisse untergeht, die jene Möglichkeit nicht für immer ausschließen. Daß aber nicht schon jede zufällige, von der Natur gebotene, Möglichkeit des Gebrauchs Besitz ist, sondern überall erst die gewollte, — daß man Besitzer werden und bleiben kann, ohne jene Möglichkeit in eigener Person zu begründen und zu erhalten, — daß man sich des Besitzes entledigen kann ohne in der bisherigen Möglichkeit des Gebrauches etwas zu verändern: das sind Erscheinungen, in welchen der Besitz selbst innerhalb seiner Abgrenzung gegen gewisse Personen und Sachen sich als Rechtsding zeigt.

Das Wesen des Besitzes läßt sich beschreiben, nicht definiren; das Allgemeinste, Wichtigste und Kürzeste haben die Römer ausgesprochen: daß er res facti und res juris — also von gemischter Art sei; wir können dies vielleicht noch etwas näher ausdrücken, indem wir ihn ein factisches Haben nennen, das nicht selten dem rechtlichen Haben ähnlich wird, wie weit er aber sich zu der Art eines rechtlichen Habens erheben könne, vermögen wir in keine Formel zu fassen. — Zuversichtlich aber dürfen wir behaupten, daß der Besitz um seiner selbst, nicht erst um der Interdicte und der Usucapion willen (Sav. a. a. O. §. 5.) res juris heißt: und daß er, wo wir ihn nicht mehr sehen und greifen, sondern als ein Wesen des Rechtes nur mehr denken können, von keiner „Regel abweicht" (Sav. a. a. O.) sondern seiner zweiten Natur folgt.

Nicht leichter, als er selbst, sind seine Namen zu fassen.

„Possessio“ ohne Beiname gehört ihm ausschließlich; es ist nicht mehr Rechtssprache, wenn alles mögliche factische Haben unter diesem Namen gedacht wird (l. 9. D. r. v. 6, 1:) — eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait ab eo apud quem deposita est ...... quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse, es war darum extensive Interpretation nöthig, wenn ein Sclave „possidere mihi licere spondes?“ stipulirte. l. 38. §. 7. D. v. o (45, 1). — Mit dem Beinamen naturalis hat die possessio allerdings zwei Bedeutungen (Sav. a. a. O. §. 7. S. 60); allein daß „beide negativ“ seien und „blos einen logischen Gegensatz“ ausdrücken (Sav. a. a. O.), will uns eben so wenig einleuchten, als wenn man etwa die Natur als etwas blos negatives bezeichnen wollte. Wir finden vielmehr, daß naturalis possessio 1) eine gewisse Seite der possessio, die natürlichste nämlich, d. i. die körperliche Seite derselben ausdrückt. In dieser Bedeutung erscheint die naturalis possessio, also vor allem als ein bloßer Bestandtheil der possessio; als ein Bestandtheil, der bald nothwendig, bald entbehrlich; als der Bestandtheil, in welchem Vertretung regelmäßig möglich ist. Nothwendig ist naturalis possessio zum Erwerbe des Besitzes: l. 3. §. 3. D. h. t. Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio —; entbehrlich ist sie (bis auf ein gewisses, s. oben §. 28.) für den einmal entstandenen Besitz: l. 3. §. 13. eod.: Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: i. e. quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus — cf. l. 40. §. 1. eod. Hiemit stimmt zusammen, daß man possessionem solo animo (sine corpore) behalten kann (l. 3. §. 7. §. 11. l. 44. in fin. eod.). Nichts anderes als körperlicher Besitz ist auch gemeint, wenn gegen Depositare, Commodatare auf Restitution der „naturalis possessio“ geklagt wird (l. 38. §. 10. D. usur. 22, 1). Können wir ferner einerseits corpore alieno Besitz erwerben, so wird anderseits in der Person des Stellvertreters ein körperlicher Besitz erworben werden, der von den Römern leicht wieder naturalis possessio genannt wurde, wiewohl wir zufällig kein Zeugniß

finden. Der körperliche Besitz kann aber auch für sich, nicht blos als Bestandtheil der possessio, vorkommen — locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi — pro privato eum teneamus (cf. l. 23. §. 2. D. h. t.), und auch hier dürfen wir dem tenere unbedenklich ein naturaliter possidere unterstellen. In dieser ersten Bedeutung also ist naturalis possessio identisch mit „corporalis possessio": l. 25. §. 2. eod.: Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero . . usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat — (vgl. l. 25. eod. l. 40. §. 2. D. pign. act. 13, 7. — und Savigny selbst a. a. O. S. 87). 2) In einem zweiten und weiteren Sinne aber bedeutet naturalis possessio jeden Besitz, der es noch nach natürlicher Rechts-Anschauung sein kann: sollte er es auch nach eigenthümlich römischer (civiler) nicht sein können. Nirgends tritt dieser Gegensatz klarer hervor als in l. 38. §. 7. D. v. o. (45, 1.): Haec quoque stipulatio „possidere mihi licere, spondes"? utilis est. Quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere videamus. Sed quamvis civili jure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est: et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. Eine possessio nun aber, welche es jure civili ist, scheint uns mit manchen Anderen [Burchardi, Arch. f. civ. Pr. XX. Nr. 2. S. 14: *Possessio civilis etc.*; Vang. P. §. 199. Anm.; Bruns, a. a. O. §. 4.] überall civilis possessio nicht nur zu sein, sondern auch zu heißen, was aber insbesondere von Savigny (a. a. O. §. 7. S. 66. S. 81.) in Abrede gestellt wird, indem civilis possessio überall den Usucapionsbesitz bedeute, eine possessio dagegen, welche jure civili possessio sei, nicht überall zugleich Usucapionsbesitz sei. Wenn irgendwo — wie in l. 38. §. 7. cit. — ein Besitz jure civili nicht da sei, so stehe diesem Nichtbesitz möglicherweise possessio überhaupt, nicht gerade civilis possessio (Usucapionsbesitz) gegenüber. So stehe dem jure civili nicht vorhandenen Besitz in l. 26 pr. D. don. i. v. et ux. (24, 1.) (— licet illa jure civili possidere non intelligatur —) eine civilis possessio gegenüber, in l. 38. §. 7. cit. nicht. Unweigerlich müssen wir

zugeben, daß in l. 38. §. 7. cit. nicht erst an den Gegensatz des Usucapionsbesitzes gedacht sei; allein es fragt sich, ob auch nicht an den einer civilis possessio? Es kommt uns denn doch etwas befremdlich vor, daß wir einer naturalis possessio gegenüber nicht überall eine civilis sollen denken dürfen. Alles kommt darauf an, ob denn civilis possessio identisch sei mit Usucapionsbesitz. Niemand wird leugnen wollen, daß eine civilis possessio häufig zugleich Usucapionsbesitz ist; allein ob sie darum, weil sie zugleich Usucapionsbesitz ist, civilis heißt, und ob eine civilis possessio immer zugleich Usucapionsbesitz sei, müssen auch wir in Frage stellen. Woraus schöpft man nun den Beweis, daß civilis possessio Usucapionsbesitz sei? vielleicht aus den Usucapionstiteln? daraus, daß mit den Ausdrücken ex justa causa, justo titulo oder bona fide possidere der Ausdruck civilis possessio wechselt? Eine einzige von den uns bekannten Beweisstellen kommt in den Usucapionsstellen vor (l. 2. §. 1. D. pro her. 41, 5.), und diese ohne Bezug auf jene Usucapionserfordernisse. Also macht uns schon der Fundort der meisten Beweisstellen ein Bedenken, das durch den Inhalt derselben nur gesteigert wird. Wir finden keine, in welcher sinneshalber civilis possessio Usucapionsbesitz sein müßte; ja wir finden keine, in welchen diese Bedeutung nicht etwas Ueberspanntes hätte. Denn wer denkt daran, daß man gerade Usucapionsbesitzer sein müsse, um mit der actio ad exhibendum belangt werden zu können? (l. 3. §. 15. ad exh. 10, 4. l. 7. §. 1. eod., vgl. l. 4. eod.: nam et cum eo, apud quem deposita ... res sit, agi potest); oder um dejicirt werden und mit dem interdictum unde vi klagend auftreten zu können? (l. 1. §. 9. §. 10. D. 43, 16, vgl. l. 1. §. 30. eod.: Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet Interdictum)? wer denkt daran, daß ein Verkäufer, der im Auftrag des Käufers an dessen Frau, der dieser schenken will, die Sache ausantwortet, darum hinter seinen Verbindlichkeiten zurückgeblieben sei, weil die Frau nicht usucapirt? oder daß nur der Usucapionsbesitzer sich causam possessionis nicht ändern dürfe (l. 2. §. 1. D. pro her. 43, 5.)? So scheint uns der Beweis, daß civilis possessio überall ein Usucapionsbesitz und mit diesem identisch sei, nicht geführt — also auch unwiderlegt, was wir vermuthen durften: daß jure civili possidere eins

sei mit civilis possessio, und daß der dem jure civili non possidere entsprechenden naturalis possessio überall civilis possessio gegenüberstehe. Müssen die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht ja doch auch das „civiliter possidere“ spalten, und behaupten, daß es bald Usucapionsbesitz bedeute (l. 7. §. 1. D. ad exh. 10, 4.), bald nicht (l. 23. §. 2. D. h. t. in f. l. 24. eod.). — So viel wir aus obigen Stellen ermessen können, fordert das jus civile zu seiner (civilis) possessio eine gewisse Person (l. 24. D. h. t. l. 38. §. 7. D. v. o.), Sache (l. 23. §. 2. D. h. t.; l. 7. §. 1. D. ad exh.) und den animus rem sibi habendi; all das genau so, wie es zur gemeinen possessio nothwendig ist; den animus rem sibi habendi aber ohne Ausnahme zu Gunsten des anvertrauten Besitzes (l. 3. §. 15 D. ad exh.); den Besitz aus unerlaubter Schenkung, also wohl allen aus unerlaubter causa würde das jus civile verbannen, wenn es könnte (— infirmari non potest — l. 1. §. 4. D. h. t.); aber den übrigen nennt sie ihn nicht. Nur zwei Fälle der gemeinen possessio stehen also außerhalb der civilis possessio und müssen sich zu bloßer naturalis possessio herablassen, in Gesellschaft mit einer Reihe von Besitzesfällen, die gar keine possessio sind [*l. 2. §. 1. D. pro her. 41, 5. l. 12. pr. D. h. t.; l. 3. §. 15. l. 4. D. ad exh. 10, 4; l. 38. §. 7. D. v. o. l. 24. D. h. t.*]. Zu der Savignyschen Ansicht vgl. Thon, im Rh. Mus. IV. S. 95 fg.: Ueber civilis und nat. poss. Puchta, de civili poss. disput. 1829. Kleine civ. Schr. Nr. 25. Ueber eine dritte Ansicht, daß naturalis possessio nirgends, civilis possessio überall Interdictenbesitz bedeute, und noch weitere Abweichungen vgl. Sav. a. a. O. §. 10. (Literärgesch. des Begriffs), Vang. a. a. O. In practischer Beziehung würde nur diese dritte Ansicht einen Unterschied begründen, wegen l. 1. §. 9. de vi (vgl. Arndts, P. §. 136). Noch unaufgehellt aber ist die Frage, ob und welchem practischen Ziele die Römer bei der Unterscheidung von naturalis und civilis possessio zustrebten? war es vielleicht wirklich Usucapion, so daß civilis possessio nicht Usucapionsbesitz, wohl aber einen Besitz bedeutet, ohne den Usucapion nicht möglich ist, während Interdicte etwas weniger voraussetzten?

§. 30.

Als ein factisches Haben ist der Besitz nur an Sachen, nicht an Rechten möglich, indem es sich nicht denken läßt, daß man diese anders denn rechtlich habe: l. 3. pr. D. h. t. Possideri possunt quae sunt corporalia. l. 4. §. 27. D. usurp.: — quia nec possideri intelligitur jus incorporale; l. 32. §. 1. D. s. p. u. (8, 2.) — natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint — anerkannt auch dadurch, daß der Besitz an Rechten, nachdem denn doch einer aufgekommen war, „quasi possessio" genannt wurde: Gaj. IV. 139. l. 3. §. 17. D. de vi (43, 16), wiewohl man es nicht immer so genau nahm und der corporis possessio eine juris possessio gegenüberstellte (l. 2. §. 3. D. prec. 43, 26. Sav. a. a. O. S. 210. Anm. 2). Entschieden gibt es, nach dem Stande der röm. Quellen, diesen Quasibesitz nur innerhalb der Sachenrechte; indessen, leicht begreiflich, nicht am Eigenthum und nicht am Pfandrecht; aber auch an den negativen Prädialservituten, ja selbst an den affirmativen Urbanalservituten kann er nur halbwegs angenommen werden: man wollte denn für diese Servituten das Dasein eigener Interdicte behaupten (wogegen Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XI. S. 348, und besonders S. 352 unten, so wie desselben Anm. zu Puchta §. 139. vor g. unten), oder in jedem Besitzstand [*„petitoris, possessoris partes sustinere" l. 8. §. 3. l. 6. §. 1. D. si serv. vind.: 8, 5. l. 15. D. op. n. n. 39, 1. l. 45. D. damn. inf. 39, 2.*] eine juris quasi possessio erblicken [vgl. auch Puchta §. 137. — „ja nur in dem letzten Fall rc." Heerwart über *quasi poss.* und poss. Rechtsmittel, Zeitschr. f. Civilr. u. Civpr. XII. Nr. 6. Nr. 9., der die *quasi poss.* mit Recht hinter die Interdicte zurückdrängt]. Hingegen ist zuzugeben, daß „der Besitz des emphyteuticarischen Rechts vollkommen in derselben Weise gedacht werden kann, wie der Besitz des Nießbrauches", daß sich der Beweis für eine corporis possessio des Emphyteuta weder aus l. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8), noch aus l. 25. §. 1. D. usur. et fruct. (22, 1.), noch aus l. 12. §. 2. D. Publ. act. (6, 2.) führen lasse, sowie daß Puchta's Behauptung, der Wille des Emphyteuta sei so total, wie es nur immer der Wille eines Eigenthümers sein könne, nicht richtig sei (Arndts, vom Besitz der Emphyteuse, Zeitschr. f. Civilr. u. Civilpr. N. F. III.

Nr. 7). Und allerdings besteht anderseits für den Eigenthümer ein mehrfaches Bedürfniß corporis possessionem selbst zu haben. (Arndts, a. a. O. S. 415 fg.). So behält der Grundherr denn auch dem Superficiar gegenüber corporis possessionem (arg. l. 3. §. 7. D. uti poss.), während durch den Ausdruck „superficie fruimini" im Interdicte des Superficiars des Letzteren Besitz als eine juris quasi possessio, nicht als eine quasi corporis possessio (Vang. I. §. 200. Anm. 1. Nr. 2. c.) gekennzeichnet ist (Rudorff, Gesch. der Superf., Zeitschr. f. g. R. W. XI. S. 230).

Die natürliche Grundlage des Quasibesitzes ist ein usus juris (l. 20. D. serv. 8, 1.) — nicht gerade eines wirklich bestehenden, sondern allenfalls auch eines angemaßten, oder nur seinem Inhalte nach gewollten Rechtes, ein usus, der nicht nur seine natürlichen Pausen hat, sondern einmal ins Werk gesetzt auch noch einige Zeit nachhalten kann, wobei freilich auch er ex jure mutuatur — [*l. 1. pr. D. superf. 43, 18. — uti ex lege locationis sive conductionis superficie ... fruimini — l. 1. pr. D. itinere act. priv. 43, 19: — quo itinere actuque privato ... usus es — cf. l. 1. pr. §. 1. D. aqua 43, 20: — uti .. aquam ... duxisti etc. cf. §. 4*]. Bei einem Theil der jura in re wird sich dieser usus juris meistens mit einem factischen Haben (corporis possessio) verbinden, (z. B. l. 1. pr. D. q. mod. usfr. am. 7, 4. l. 12. pr. D. a. v. o. p. 41, 2.), nur daß dieses wegen des mangelnden animus rem sibi habendi überall nur naturalis possessio ist. So kommt es, daß dort von einem „ususfructus traditus" die Rede ist, während anderwärts der usus juris pro traditione possessionis accipiendus — l. 20. D. serv. 8, 1. Uebrigens halten wir es nicht für richtig, wenn man, um Einheit für juris quasi possessio und possessio zu erzielen, letztere eine Ausübung des Eigenthums nennt; denn das factische Haben ist wie das rechtliche ohne Ausübung, d. i. wirklichen Gebrauch der Sache möglich (vgl. Bruns a. a. O. S. 474). Aber wir halten es auch für unrichtig, wenn man, um die besagte Einheit zu erzielen, leugnet, daß der Quasibesitz auf Ausübung beruhe (Bruns, a. a. O. S. 475.); denn kann auch der Quasibesitz noch fortbestehen, nachdem die Ausübung

aufgehört hat, so konnte er doch ohne Ausübung nicht entstehen, und dann setzt der Nonusus dem Fortbestand sogar des Rechtes, geschweige denn des Quasibesitzes eine Grenze. — Auch hier ist ein gewisser animus nöthig; in l. 7. D. itin. (43, 19.) ist dieser weiter gefaßt, als in l. 25. D. quemadm. serv. am. (8, 6.) [*tanquam id suo jure faceret — qui suo jure uti se credidit*]. — — So weit die regelmäßigen und allgemeinen Grundzüge des Quasibesitzes; im Einzelnen ist manches näher zu bestimmen (vergl. §. 32 a. E.).

§. 31.

Von den „possessorischen Interdicten" (vgl. l. 20. D. serv. 8, 1.) behandeln wir hier nur diejenigen, welche zum Schutze des Besitzes aufgestellt sind (Besitzklagen), also nicht auch die interdicta adipiscendae, und nicht sämmtliche ii. recuperandae possessionis, (vgl. Sav. a. a. O. §. 35. bes. auch den Zusatz der 6. Ausg. S. 457). Dieser Schutz setzt possessio (s. z. B. l. 1. §. 8. D. uti poss. — dummodo possideri possit — Interdictenbesitz), bloße possessio, kein jus possidendi voraus, will dann aber auch jene nicht schlechthin, sondern nur gegen Gewalt und was ihr gleichsteht, schützen — nicht in einem Rechte, sondern in seinem Gegentheile wurzelnd (vis juri contraria — Cic. pro Caec. XI, 33 etc.). — Von den

1) interdicta retinendae possessionis mahnt uns das

a) interdictum uti possidetis durch seinen Namen, und in der Gestalt, wie es vom Prätor proponirt wurde (l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17):

> Ait Praetor: Uti eas aedes, q. d. a., nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc Interdictum non dabo, neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiendi potestas fuerit, agere permittam —

an ein älteres, aber schon in den ersten Anfängen der vierten Periode veraltendes Verfahren (l. 3. C. interd. 8, 1. Diocl. et Max. — interdicta autem, licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. §. 8. J. interd. 4, 15. de ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine inter-

dictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset vgl. Sav. a. a. O. §. 34. K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer 1853, S. 1 fg. S. 321 fg. — dann aber auch an die noch bestehenden materiellen und prozessualischen Voraussetzungen und Eigenthümlichkeiten dieses Interdictes. Der Grundbesitz mußte in jener Formel concret genannt werden (vgl. l. 1. §. 1. §. 6. §. 7. §. 8. D. h. t.); der Dualis „possidetis" zeigt uns die Duplicität des Judiciums (l. 3. §. 1. eod.); das Wort „possidere" und das Präsens „possidetis", worauf es ankommt. Zufolge der Clausel „nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero" soll man aber auch ohne gegenwärtigen Besitz in diesem Interdicte gewinnen können, eine Meinung, die früher stark verbreitet war, und in neuerer Zeit gegen Savigny (a. a. O. S. 487 fg. S. 483.) von Keller (Zeitschr. f. g. R. W. XI. 9. bes. S. 324), Vangerow (§. 336. Anm. I. Nr. 4.) Puchta (Inst. II. §. 225.) gleichzeitig vertheidigt wurde. Wir können uns von der Richtigkeit dieser Ansicht gleichwohl nicht überzeugen; neben Gajus IV. 150: eum potiorem esse jubet qui eo tempore quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario ab adversario possidet (vgl. §. 166.) und §. 4. J. interd. 4, 15: — vincebat qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi etc. — vincat . . qui possessionem nec vi etc. litis contestatae tempore detinet — scheint sie nur mehr vermittelst einer Fiction oder der Annahme möglich, daß „duo in solidum possidere possunt" (s. oben S. 58. 59. und vgl. Schmidt, das Interdictenverf. S. 111 ff., Rudorff, zu Puchta's Inst. II. §. 225. not. l.); letztere kann nicht als recipirt betrachtet werden; vielleicht wurde sie unter Anderem unseres Interdictes wegen, um auch dem nicht besitzenden Kläger zum Siege zu verhelfen, aufgestellt, dann aber sammt diesem Zwecke (wie wahrscheinlich in l. 3 pr. D. h. t.) verworfen. Uebrigens stehen die aus gedachter Clausel entspringenden Exceptionen, anders als die Klage, perpetuo zu: l. 1 pr. in fin. §. 5. eod. Arndts, P. §. 172. Anm. 3; eine Verjährung der Klage zeigt aber, daß Savigny a. a. O. §. 37. [gegen Vangerow, a. a. O. Nr. 3. — zum Theil auch Keller, a. a. O. S. 329. — Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 46. S. 468.] in seinem Rechte ist, wenn er dieselbe nicht überall als eine controversia possessionis (§. 4.

J. l. 1. §. 2. §. 3. D. h. t.), sondern auch als Hilfe gegen eine, allenfalls schon vergangene, Besitzesstörung [*vis — l. 3. §. 2. — §. 7. D. h. t. l. 11. D. de vi 43. 16. l. 8. §. 5 D. si serv. 8,5: si quis prohibeatur qualiter velit suo uti* —], ohne die Zuthat einer controversia possessionis, denkt [vgl. Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XI. Nr. 10. I. Arndts P. §. 171. Anm. 2. Schmidt, a. a. O. S. 186]. Wo unser J. als bloße controversia possessionis ein Präparatorium [kein Provisorium, Sav. §. 36. vgl. verm. Schr. II. S. 283. S. 305. Das *Int. quor. bon.*] der rei vindicatio ist, tritt der sonstige (ursprüngliche, — Rudorff, a. a. O., Schmidt a. a. O. S. 187.) Zweck des Interdictes (vim fieri veto) in Hintergrund, ohne daß es deswegen auch an dem sonstigen Anlaß (Besitzstörung) zu fehlen braucht. In der controversia selbst schon eine vis zu erblicken (Keller a. a. O.), geht vielleicht an und für sich schon zu weit; für unser Präparatorium ist diese künstliche Zubereitung der vis keinesfalls nothwendig. Eine „zukünftige" (d. i. noch nicht begonnene) Störung des Besitzes (Sav. S. 472.) scheint uns nicht Anlaß des Interdictes sein zu können; aus dem Verbote: vim fieri veto läßt sich das Gegentheil nicht beweisen. Was mildere Zeiten an dem interdictum uti possidetis abgeschliffen haben mögen, bricht in unserem Mittelalter von neuem zu Tage, als „sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufruhr" einerseits und als decretum de manutenendo, (Summariissimum) andererseits; allein jetzt freilich blos als Provisorium eines recipirten Ordinarium (uti poss.) (Sav. a. a. O. §. 51. Bayer, Summ. Proz. §. 66 fg. Bruns a. a. O. §. 33). — — So verschieden als Besitz und Besitzstörung an Mobilien und Immobilien sich gestalten, so ganz anders als das i. uti poss. war ursprünglich das

b) interdictum utrubi (D. h. t. 43, 31. Gaj. IV. 150—152 gefaßt. Nachmals (nicht erst durch Justinian) ist es dem i. uti poss. gleichgemacht worden (l. unic. §. 1. D. h. t. §. 4. J. h. t.).

2) Von den interdicta recuperandae possessionis lautete

a) das de vi (quotidiana) anfangs wahrscheinlich folgendermaßen: Unde tu N. N. aut familia aut procurator tuus A^m A^m aut familiam aut procuratorem ejus in hoc anno vi dejecisti, qua de re agitur, cum A^s A^s possideret, quod nec vi,

nec clam, nec precario a te possideret, eo restituas (Keller, Semestr. ad Tull. Cic. p. 293 u. fgg.). Hiemit ist zu vergleichen die Formel in l. 1 pr. D. h. t. (de vi et de vi armata 43, 16), welche aus verschiedenen Propositionen zusammengezogen scheint: Praetor ait: Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit: de eo quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit judicium dabo. Hier ist die Clausel nec vi etc. weggelassen, und zwar absichtlich (vgl. §. 6. J. interd. 4, 15.); dagegen finden wir hier, daß es sich nicht blos um Restitution der Sache selbst, sondern zugleich alles dessen handelt, quae tunc ibi habuit (l. 1. pr. §. 33—§. 38; §. 32. D. h. t.); und daß eine Klage (in factum actio, nicht Interdict) innerhalb gewisser Grenze noch nach dem annus (utilis l. 1. §. 39 eod.) platzgreift. Mit derselben Einschränkung geht dieselbe Klage auch noch gegen gewisse andere Personen, als den Dejicienten (l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. §. ult. l. 4. l. 9. pr. eod.), während dieser selbst weder possessionem noch was darauf war, zu haben braucht. (l. 1. §. 34. §. 42. l. 15. eod.: Si vi me dejeceris, vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit; quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi dejecisti, aut vi, aut clam fecisti. l. 1. §. 34. cit.: — sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur; darum muß denn auch überdieß pristina causa . . restitui . . quam habiturus erat, si non fuisset dejectus. l. 1. §. 31. §. 40. §. 41. eod. (vgl. z B. l. 62. §. 1. D. r. v. 6, 1). — Als Dejicient gilt übrigens nicht nur, wer suis manibus dejicirt, sondern auch, wer per alium (qui mandavit vel jussit, ut aliquis dejiceretur; — si jussit, ipse dejecit); da stehen denn zweierlei Dejicienten nebeneinander haftbar da. Dagegen ist der Herr nicht Dejicient, wenn seine familia ohne sein Wissen und Wollen dejicirt; sollte er gleichwohl (quatenus pervenit — noxae dedendo) haften, so mußte das in der Formel gesagt sein (aut familia tua). Stund auch der Procurator in der Formel? (Cicero pro Caec. c. 18. §. 55. l. 1. §. 11 — §. 21. h. t). — Als dejectus und mit dem Interdicte belehnt erscheint zwar auch noch ein naturalis possessor (l. 1. §. 9. eod.), aber doch nur ein possessor („cum Aˢ Aˢ possideret“ — l. 1. §. 10. §. 23.),

wobei si quis . . alius, per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere Interdictum, nemini dubium est (§. 22. eod.). Besitzen wir solo animo, so erweitert sich die Dejection zur Prohibition (§. 24. eod.), so wie auch sonst noch die Dejection nicht immer buchstäblich genommen wird (vgl. oben S. 72. und l. 1, §. 47. eod.). Vis atrox aber muß immer dabei sein (§. 3. eod.). womit es nicht in Widerspruch stehe, wenn Cicero pro Caec. cap. 16. nur eine „pertenuis vis“ fordere (Sav. a. a. O. §. 40. S. 315. Anm. 2). Die Unterschiede des interd. de vi (quotidiana) und de vi armata aber (Gaj. IV. 154. 155; Cic. ep. ad fam. XV. 16; Vang. §. 690. Anm. 1.) sind im späteren Rechte (s. bes. §. 6. J. interd.) mit einer einzigen Ausnahme (l. 1. §. 43. D. h. t.) weggefallen.

Weitere Modificationen dieses alten Interdictenrechtes brachte eine Constitution von Constantin d. G. in Betreff des annus utilis, jedoch nur für einen besonderen Fall (l. 1. C. si per vim 8, 5.); — eine von Justinian gegen Invasion in das Besitzthum Abwesender (l. 11. C. h. t. 8, 4.), welche in einer verständlicheren Ausgabe schon früher (l. 1. C. Th. unde vi 4, 22. Constant. a. 326.) da gewesen zu sein scheint; — eine von Valent. Theod. u. Arcad. (l. 7. C. h. t. a. 389.), welche gewaltthätige Besitzergreifung zur Selbsthilfe (umsomehr jede andere), sei es nun an Mobilien oder Immobilien, mit dem Verluste des Rechtes an dieselben, oder aber mit dem Ersatz ihres Werthes bestraft. An dieses knüpft sich die Behauptung Savignys an, daß das int. de vi nunmehr auch auf Mobilien gegangen sei (a. a. O. §. 40. S. 527): l. 7. cit.: Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit, restituat possessori, et dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invaserit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur. Aus der Stellung dieser Constitution in dem Titel „unde vi“ kann aber nichts gefolgert werden, weil non solum in mobilibus rebus quae rapi possunt, constitutiones (hoc) obtinere consueverunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt —

§. 1. J. vi bon. rapt. 4, 2; ihr Inhalt geht auf etwas ganz anderes als Umgestaltung der Interdicte; desgleichen ihre Geschichte (Jac. Gothofr. zu l. 3. C. Th. cit.); ein Bedürfniß nach der fraglichen Erweiterung des Interdictes bestund wenigstens zur Zeit, da dieses Gesetz erlassen wurde, nicht [*l. 1. C. Th. utrubi, (4,23.) a. 400.* vgl. *Gaj. IV. §. 50. D. de utrubi*] und wie den Pandekten, ist auch den Institutionen nichts von derselben bekannt (§. 6. J. interd. 4, 15. §. 1. J. vi bon. rapt. 4, 2.), (vgl. Vang. III. §. 690. Anm. 2. Puchta, P. §. 135. a. Bruns a. a. O. S. 47). Nichtsdestoweniger scheint die Sache nicht unbedenklich: indem es uns schwer fällt anzunehmen, daß die Gesetzgeber in diesen (l. 7. cit.) und ähnlichen Gesetzen l. 1.— 6. C. Th. unde vi) an mehrerlei Klagen je nach Art der Sachen, gedacht haben. Die Klage, an die sie gedacht haben, hieß damals „momenti actio" (l. 6. C. Th. cit. vgl. l. 4. eod.) s. „momentariae possessionis interdictum" (l. 8. C. unde vi) und es kann uns keineswegs als ausgemacht erscheinen, daß diese Klage von dem interdictum de vi blos dem Namen nach (B. Hollweg Handb. des Civilpr. I. S. 395. Sav. §. 43.) verschieden gewesen sei. Cujacius meinte: Momentaria possessio, sive momenti beneficium est celeris reformatio et restitutio possessionis, per vim vel alio modo ablatae aut interpellatae possessionis (Obs. I. 20. cf. l. 8. C. cit.). Nicht unmöglich, daß schon damals die Schule das Interdict in alter Art fortlehrte, indessen die Praxis — wie heute noch in ihrer actio spolii — von ihr abwich. Bei dieser Voraussetzung erklärt sich die Umgestaltung des interdictum utrubi — ganz besonders dann, wenn wir mit Savigny festhalten, daß das i. utrubi nach seiner Ausgleichung mit dem i. uti possidetis gleich diesem schlechthin retinendae possessionis gewesen sei.

b) Der Umstand, daß das precarium vom commodatum verschieden ist [vergl. *l. 2. §. 3. — l. 4. pr. D. de precario 43, 26.* mit *l. 1. §. 1. D. commodati 13, 6; l. 4. §. 1. D. h. t.* mit *l. 8. D. commod.; l. 8. §. 3. D. h. t.; l. 1. pr. l. 12. pr. D. h. t.* mit *l. 5. pr. l. 17. §. 3. D. commod.*] beweist noch nicht, daß diese zweierlei Arten von Leihen auch bei uns vorkommen. Unserer Sprache ist dieser Unterschied so fremd, daß man das precarium schon mit „Gutheit" übersetzt hat (Helm=

späteren Urtheil bei Leyser, Medit. ad Pand. Spec. DX. Nr. 6). Gleichwohl werden beide neben einander auch von unseren älteren Practikern gelehrt; aber eine Hauptrolle in ihrer Lehre spielt der negative, freilich practische, Satz, daß nicht überall wo Bitten auch ein (bloßes) Precarium sei; von den Eigenthümlichkeiten des letzteren streifen sie wenigstens Eine — keine kleine — ab: daß es auf nothwendig beliebigem Ruf und Widerruf (l. 12. pr. D. h. t.) beruhe; die Fälle des Precarium's aber, welche sie aus der Praxis beibringen, sind, so weit wir sehen, überall solche, in denen kein Commodat mehr möglich ist. [*Lauterbach, coll. Pand. theor. pract. ad h. tit.* s. besonders *Nr. XI.* a. E. *Leyser, medit. ad Pand. spec. DC.* s. besonders *Nr. VII, VIII, XII. Stryck. usus mod. Pand. ad h. tit. Consil. Tubing. V. 22. VI. 15*]. Alles scheint darauf hin zu weisen, daß uns an beweglichen Sachen der Unterschied von Commodat und Precarium fremd geblieben, und hier einzig das Commodat einheimisch sei; daß zwar auch wir eine Reihe an Immobilien, Servituten und ähnlichen deutschen Rechten haben, keinesfalls aber mit allen Eigenthümlichkeiten des Precariums. Hiernach mögen wir weder mit Kritz (Sammlung von Rechtsfällen I. 1833 S. 176; und den bei G. E. Schmidt, das Comodat und precarium 1841. S. 4. ffgg.) halten, nach welchem von dem Precarium Nichts — noch mit den Anderen, nach welchen Alles gelten soll (s. Vang. §. 691).

Der Grund, aus dem das Interdictum de precario eingeführt sein soll (l. 14. cf. l. 15. §. 3. D. h. t.) ist noch im R. Rechte weggefallen (l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. h. t. Paul. R. S. V. 6. §. 10 l. 23. D. r. j. 50, 17); nichtsdestoweniger können wir es so lange, als possessorische Interdicte summarischen Prozeß genießen, (Bayer, summ. Proc. §. 3 Anm. 24) nicht aufgeben. Ait Praetor: Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas l. 2. pr. eod. Dem Interdicte unterliegt non utique ille, qui precario rogavit, sed qui precario habet (l. 4. §. 2. — l. 6. §. 4. l. 13. l. 22. D. eod.); dieser aber „utique" (l. 22. §. 1. eod.). Der Erbe sollte hiernach nicht mit diesem Interdicte belangt werden können (l. 12. §. 1. eod. l. 11. D. div. temp. praescr. 44, 3. Paul. R. S. V. 6. §. 12.); gleichwohl gilt die entgegengesetzte Meinung (l. 8. §. 8. D. h. t. l. 2. C. h. t. 8, 9. Sav. a. a. O. S. 558). — Weiterhin haec verba „ab illo precario habes"

ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cujus res est. l. 8. pr. l. 7. D. h. t.; ist also eine juris possessio (l. 2. §. 3. l. 3. l. 15. §. 2. eod.) verwilliget, so reicht die von Kritz (a. a. O. S. 200.) zum Ersatz gestellte Negatorienklage nicht immer aus; — unter dem „ille“ sind die Erben mitbegriffen (l. 8. §. 1. l. 12. §. 1. eod.); „ceteri successores“, aber nicht die Singularsuccessoren (l. 8. §. 2. eod.). — Zu den Worten „aut dolo malo fecit ut desineres habere“ notirten die Commentare „quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat“ — diesen Unterschied vom Commodate nicht nur kennend, sondern auch begreifend; „nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit etc.“ (l. 8. §. 3. eod.); eine culpa dolo proxima ward aber mitbegriffen l. 8. §. 3. §. 6. eod. Die pristina causa, in welche restituirt werden muß, ist hier natürlich nicht alles, was der Kläger ohne die Concession gehabt hätte (l. 8. §. 4—§. 6. eod.). Verjährung in Einem Jahre wäre absurd gewesen (l. 8. §. 7. eod.). Das J.

c) de clandestina possessione, nur ein einziges Mal, (l. 7. §. 5. D. comm. div. 10, 3. vergl. Cic. in Rull. III, 3) und nicht im Interdictenbuche erwähnt, ist, da es nur Grundbesitz betraf, noch in classischer Zeit überflüssig geworden (s. oben S. 72. l. 3. §. 7. §. 8. D. a. v. o. p. 41, 2. Savigny, a. a. O. §. 41).

§. 32.

Interdicte für juris q. possessio:

1) Von Personalservituten. fr. Vat. §. 90. — usufructu legato — interdictum „uti possidetis“ utile proponitur, quia non possidet (legatum, sed potius fruitur) l. 4. D. uti poss. 43, 17: In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem: et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum. Dazu Sav. a. a. O. §. 45. S. 581. — l. 3. §. 13—§. 18. D. de vi (43, 16) — §. 17.: qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto — §. 16. item si non ususfr. sed usus sit relictus etc. Die volle

Anwendbarkeit und Anwendung des i. de vi zeigt sich insbesondere in §. 14. eod. l. 9. §. 1. D. h. t. l. 60. pr. D. usufr. (7, 1); und davon, daß sie keine directe gewesen sei, ist hier überall keine Spur; ja — si expulsus Nicostratus veniat ad judicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi (habitationem) accepit. (l. 27. D. donat. 39, 5). Weist dies, l. 3. §. 13. D. de vi, und die interpretatio „uti frui prohibuisse" is videtur etc. nicht auf eine eigene Fassung der betreffenden Interdicte hin? S. Fragm. Vat. §. 91. Rud. Z. f. g. R. W. XI. S. 232. Auch das i. de precario muß dem Usufructuar „si alii precario concedat" (l. 12. §. 2. D. usufr. 7, 1. vergl. l. 2. §. 3. D. prec. 43, 26) zustehen.

2) Von Servitutes praediorum rusticorum:

a) J. de itinere actuque privato: l. 1. pr. D. h. t. 43, 19. „Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quominus ita utaris, vim fieri veto; nur serv. pp. rust. sind hier gemeint (l. 1. §. 1. D. h. t.); vorausgesetzt aber ist nur der usus juris, ein Quasibesitz, (l. 1. §. 2. §. 8. eod.) der sich theils nach diesen Edictsworten, theils nach dem Commentare nun des Näheren bestimmt. Wir wiederholen (vergl. oben §. 30.) das allgemeinere Erforderniß alles Quasibesitzes: si per fundum commeavit ... tanquam id suo jure faceret — jus fundi possedisse oportet — (l. 7. eod. l. 1. §. 6.); die körperliche Seite desselben anlangend aber ist auch hier ein corpore alieno possidere möglich (l. 3. §. 4. l. 1. §. 7. §. 11. eod.). Der Besitz den das Interdict voraussetzt ist ein gegenwärtiger; nur daß, in natürlicher Nachgiebigkeit (quia plerumque itineribus, vel via non semper utimur, nisi cum usus exigit) als gegenwärtiger Besitz erachtet wird ein usus der noch im letzten Jahre, vom dies Interdicti an, vor sich gegangen: wenn auch nur modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus (was Einige so interpretiren, daß allenfalls auch zwei Tage genügen — Vang. §. 355. Anm. 1.) l. 1. §. 2. l. 3. eod. Nächstdem soll der Besitz nec vi nec clam nec precario begründet sein, und zwar nicht buchstäblich blos „ab illo": l. 3. §. 2. D. h. t.: Si quis ab auctore (al: actore) meo vi, aut clam, aut precario usus est: recte a me via uti prohibetur, et Interdictum ei inutile est; quia a me videtur vi, vel clam, vel precario pos-

dictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset vgl. Sav. a. a. O. §. 34. K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer 1853, S. 1 fg. S. 321 fg. — dann aber auch an die noch bestehenden materiellen und prozessualischen Voraussetzungen und Eigenthümlichkeiten dieses Interdictes. Der Grundbesitz mußte in jener Formel concret genannt werden (vgl. l. 1. §. 1. §. 6. §. 7. §. 8. D. h. t.); der Dualis „possidetis" zeigt uns die Duplicität des Judiciums (l. 3. §. 1. eod.); das Wort „possidere" und das Präsens „possidetis", worauf es ankommt. Zufolge der Clausel „nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero" soll man aber auch ohne gegenwärtigen Besitz in diesem Interdicte gewinnen können, eine Meinung, die früher stark verbreitet war, und in neuerer Zeit gegen Savigny (a. a. O. S. 487 fg. S. 483.) von Keller (Zeitschr. f. g. R. W. XI. 9. bes. S. 324), Vangerow (§. 336. Anm. I. Nr. 4.) Puchta (Inst. II. §. 225.) gleichzeitig vertheidigt wurde. Wir können uns von der Richtigkeit dieser Ansicht gleichwohl nicht überzeugen; neben Gajus IV. 150: eum potiorem esse jubet qui eo tempore quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario ab adversario possidet (vgl. §. 166.) und §. 4. J. interd. 4, 15: — vincebat qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi etc. — vincat . . qui possessionem nec vi etc. litis contestatae tempore detinet — scheint sie nur mehr vermittelst einer Fiction oder der Annahme möglich, daß „duo in solidum possidere possunt" (s. oben S. 58. 59. und vgl. Schmidt, das Interdictenverf. S. 111 ff., Rudorff, zu Puchta's Inst. II. §. 225. not. l.); letztere kann nicht als recipirt betrachtet werden; vielleicht wurde sie unter Anderem unseres Interdictes wegen, um auch dem nicht besitzenden Kläger zum Siege zu verhelfen, aufgestellt, dann aber sammt diesem Zwecke (wie wahrscheinlich in l. 3 pr. D. h. t.) verworfen. Uebrigens stehen die aus gedachter Clausel entspringenden Exceptionen, anders als die Klage, perpetuo zu: l. 1 pr. in fin. §. 5. eod. Arndts, P. §. 172. Anm. 3; eine Verjährung der Klage zeigt aber, daß Savigny a. a. O. §. 37. [gegen Vangerow, a. a. O. Nr. 3. — zum Theil auch Keller, a. a. O. S. 329. — Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 46. S. 468.] in seinem Rechte ist, wenn er dieselbe nicht überall als eine controversia possessionis (§. 4.

J. l. 1. §. 2. §. 3. D. h. t.), sondern auch als Hilfe gegen eine, allenfalls schon vergangene, Besitzesstörung [*vis — l. 3. §. 2. — §. 7. D. h. t. l. 11. D. de vi 43. 16. l. 8. §. 5 D. si serv. 8,5: si quis prohibeatur qualiter velit suo uti* —], ohne die Zuthat einer controversia possessionis, denkt [vgl. Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XI. Nr. 10. I. Arndts P. §. 171. Anm. 2. Schmidt, a. a. O. S. 186]. Wo unser J. als bloße controversia possessionis ein Präparatorium [kein Provisorium, Sav. §. 36. vgl. verm. Schr. II. S. 283. S. 305. Das *Int. quor. bon.*] der rei vindicatio ist, tritt der sonstige (ursprüngliche, — Rudorff, a. a. O., Schmidt a. a. O. S. 187.) Zweck des Interdictes (vim fieri veto) in Hintergrund, ohne daß es deswegen auch an dem sonstigen Anlaß (Besitzstörung) zu fehlen braucht. In der controversia selbst schon eine vis zu erblicken (Keller a. a. O.), geht vielleicht an und für sich schon zu weit; für unser Präparatorium ist diese künstliche Zubereitung der vis keinesfalls nothwendig. Eine „zukünftige" (d. i. noch nicht begonnene) Störung des Besitzes (Sav. S. 472.) scheint uns nicht Anlaß des Interdictes sein zu können; aus dem Verbote: vim fieri veto läßt sich das Gegentheil nicht beweisen. Was mildere Zeiten an dem interdictum uti possidetis abgeschliffen haben mögen, bricht in unserem Mittelalter von neuem zu Tage, als „sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufruhr" einerseits und als decretum de manutenendo, (Summariissimum) andererseits; allein jetzt freilich blos als Provisorium eines recipirten Ordinarium (uti poss.) (Sav. a. a. O. §. 51. Bayer, Summ. Proz. §. 66 fg. Bruns a. a. O. §. 33). — — So verschieden als Besitz und Besitzstörung an Mobilien und Immobilien sich gestalten, so ganz anders als das i. uti poss. war ursprünglich das

b) interdictum utrubi (D. h. t. 43, 31. Gaj. IV. 150—152 gefaßt. Nachmals (nicht erst durch Justinian) ist es dem i. uti poss. gleichgemacht worden (l. unic. §. 1. D. h. t. §. 4. J. h. t.).

2) Von den interdicta recuperandae possessionis lautete

a) das de vi (quotidiana) anfangs wahrscheinlich folgendermaßen: Unde tu N. N. aut familia aut procurator tuus A^s A^s aut familiam aut procuratorem ejus in hoc anno vi dejecisti, qua de re agitur, cum A^s A^s possideret, quod nec vi,

der via zutreffen konnte, scheint uns, wegen des „ut tibi jus est, reficias“, möglich, auch wenn wir die Richtigkeit des Puchta'schen Begriffes von via voraussetzen. Hiernach wäre es nun aber gewiß, daß auch dieses Interdict, seinem Grundgedanken nach, possessorisch war. Als ein possessorisches Rechtsmittel muß auch dieses die Vortheile des summarischen Prozesses genießen, weßhalb wir es nicht aufgeben dürfen (vergl. Arndts §. 192. not. f.; Seuffert §. 418. 1, b. — s. dagegen Savigny S. 598. Sint. §. 65. Anm. 27. — Puchta, P. §. 139. not. h. hält es für kein possessorisches). Damni inf. cautio (l. 3. §. 11. cit.).

b) Interdictum de aqua quotidiana et aestiva. Ait Praetor: Uti hoc anno aquam qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. l. 1 pr. D. h. t. 43, 20.

Das Interdict geht auf Wasserleitungen, aber nicht blos für bäuerliche, ja nicht einmal blos für Grundstücke l. 1. §. 11. §. 12. §. 14. eod.; hiernach ist aqua perennis, aber nicht alles solche — l. 1. §. 5 — §. 8. §. 13. eod. — gemeint. Auch hier ist nicht jus (aquae), sondern nur ein usus gefordert; aber über den Buchstaben des Interdicts, soweit wir ihn kennen, gehen die Commentare auffällig hinaus: l. 1. §. 10. eod.: sufficit enim, si jure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit. §. 19: Aristo putat, eum demum Interd. hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum, qui scit, se nullum jus habere et utitur. Der Besitzstand dagegen ist hier, obwohl obiges Interdict nur aquam quotidianam (s. darüber l. 1. §. 2. §. 3. eod.) vor Augen hat, gegründet, wenn „non quotidie, sed hoc anno, vel una die, vel nocte . . vel hieme, vel aestate, etsi aliquo momento ducta sit“ l. 1. §. 4. eod.; überall aber nur so, uti . . duxisti §. 15 — §. 18. §. 22. Einmal gegründet, hat er, dem Wortlaute gemäß, auch hier Anspruch auf das Interdict, mag in demselben Jahre vorher oder nachher, Gewalt &c. vorgekommen sein oder nicht (§. 20.); und wenn nur das Wasser von selber kommt, reicht er, auch ohne ductus, noch in's nächste Jahr hinüber (§. 21. eod.). Der Beklagte bestimmt sich, wie beim interdictum de itinere (§. 25. eod.), nur daß der Eingriff in den Besitzstand hier ein viel mannigfaltigerer

ist (§. 27. §. 28). — Wie das J. restitutorisch werden kann, (§. 1. eod.), siehe §. 23. eod.; wie duplex: §. 26. eod.

Uti priore aestate aquam. q. d. a. nec v. n. cl. n. pr. ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. Inter heredes, emtores, et bonorum possessores interdicam (§. 29. eod.).

Hier ist die Ausdehnung des Interdicts auf Successoren edictmäßig verheißen: indessen nicht blos de aqua aestiva (§. 37 eod.). In Anbetracht dieser Succession muß aber der Besitzstand, und der Erwerb des Interdictes wohl auseinander gehalten werden (vgl. l. 1. §. 24 mit §. 37. D. h. t.). Der Besitzstand (vergl. §. 3. §. 4.) machte lediglich eine eigene Zeitbestimmung (priore aestate) nöthig; sie mußte so ausfallen, daß sich die Sache möglicherweise zwei Jahre hinzog: Priorem aestatem ex comparatione duarum aestatium accipi (§. 31 — §. 35. l. 6. eod.); war aber in Einem Sommer Besitzstand und Interdict begründet, so konnte in demselben Sommer nur dem Sinne, nicht mehr dem Buchstaben nach, (utiliter) interdicirt werden (§. 36 eod.).

Das Wasser aus einem öffentlichen Wasserthurm (castellum) wird privilegien-, nicht servitutenweise concedirt, genießt zwar Interdictenschutz, aber keinen possessorischen, und gehört darum nicht in diesen Zusammenhang. Lehrreich aber auch in Ansehung der vorigen Interdicte ist l. 1. §. ult. D. h. t.: Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis. Non enim praeparat hoc J. causam, ut superiora interdicta; nec ad possessionem temporariam pertinet: sed aut habet jus adsignatum sibi, aut non habet, et Interdictum totum finitur. S. übrigens §. 38 — §. 45 eod.

De rivis (reficiendis) dagegen ist wiederum ein possessorisches, blos präparatorisches Interdict gegeben: l. 1. pr. D. de rivis 43, 21:

Rivos, specus, septa reficere, purgare (Begriffe, die dem Juristen nicht fremd bleiben sollten l. 1. §. 2 — §. 7. h. t.) aquae ducendae causa, quominus liceat illi: dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit: vim fieri veto.

vgl. l. 1. §. 9. eod. Die Quellen sagen selbst, warum hier das jus aquae ducendae nicht bewiesen werden müsse (l. 4. eod.

Venul.); indessen lagen wohl Jahrhunderte zwischen der Aufstellung des Interdictes und Venulejus (vgl. Cic. pro Caec. c. 13. §. 36.); da mochte von dem ursprünglichen Gedanken doch manches verdunstet sein. In Betreff der Personen gilt dasselbe was oben (l. 3. §. 7. eod.); die genaue Einhaltung des Besitzstandes (uti duxisti) ist in l. 1. §. 10. — l. 3. §. 3. eod. ausgeführt. In den Worten vim fieri veto ist auch operis n. nunciatio, (umso mehr die Prohibition mit int. quod vi aut clam) abgeschnitten; natürlich nicht aber die Negatorienklage l. 3. §. 8. eod., noch damni inf. cautio l. 3. §. 9. eod. Ob dieses Interdict auch zu Gunsten der vorher gedachten Wasserprivilegien galt? Wenn nicht — und wir dürfen wohl sagen: nicht —, so gibt das einen Beleg zu unserer obigen Bemerkung gegen Venulejus.

Den Unterschieden des Wassers und der Servituten folgend, hat der Prätor auch ein interdictum de fonte (l. 1. pr. D. de fonte 43, 22) und de fonte reficiendo (l. 1. §. 6. eod.) aufgestellt. Beide sind aber von dem de aqua und de rivis nur im Stoffe, nicht in der juristischen Behandlung verschieden. Auf „Quellen" sind beide nicht beschränkt, wohl aber auf Gewässer, in denen es quillt oder fließt (viva aqua) l. 1. §. 4. eod. —

Endlich treffen wir ein Interdict, das — in besonderem öffentlichem Interesse l. 1. §. 2. D. cloac. 43, 23 — schon seiner Fassung nach:

> Quominus illi cloacam, quae ex aedibus ejus in tuas pertinet, q. d. a., reficere liceat: vim fieri veto. Damni inf. quod operis vitio factum sit, caveri jubebo. (l. 1. pr. D. de cloacis D. 43, 23.)

ohne Rücksicht, ob der Besitz vitios sei oder nicht, platzgreift. Quia. . cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur; idcirco placuit, non esse in J. addendum, „quod non vi etc. ab illo usus:" ut etiam si quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam facere, quominus cloaca purgetur et reficiatur. (§. 7. eod.). Ob es aber überhaupt einen Besitz (der Cloake) voraussetzt? Schmidt v. Ilmenau (Zeitschr. f. g. R. W. XV. 3. die interdicta de cloacis) hat dies unseres Wissens zuerst bezweifelt und geläugnet, behauptend, daß der Quasibesitz einer Cloake nicht schon mit deren Anlage (wie tignum immissum), sondern erst mit deren Gebrauch

(wie aquae ductus) gegeben sei, ein solcher aber hier nicht gefordert werde (vergl. S. 81. a. a. O. und fg.); unser Interdict sei also kein possessorisches. Indessen mußte es doch selbst nach dieser Ansicht ein possessorisches sein, soweit als es auf Ausleerung (purgare) geht; wäre also halb possessorisch, halb nicht. Dann aber ist es bereits ein usurpirter Standpunkt: zu sagen, der Quasibesitz einer Cloake bestehe darin oder darin, also sei das Interdict nicht possessorisch; sollten wir nicht viel mehr berechtiget sein zu sagen: das Interdict besteht darin oder darin — und dann suchen, ob in den Voraussetzungen des Interdictes sich nicht doch etwas von einem Besitze entdecken lasse? Es ist nun aber in unserem Interdicte, soweit es auf Ausleerung geht, eine benützte Cloake, soweit es auf Ausbesserung geht, eine Cloake — das Dasein, und zwar das bloße factische Dasein einer Cloake geforderte. Erst durch Interpretation und nur für einen besonderen Fall (l. 1. §. 9. eod.) geht das Interdict über den bisherigen Bestand hinaus. Hält es nun regelmäßig einen bisherigen factischen Zustand, ohne Rücksicht auf Recht, ja ohne die sonstige Rücksicht auf die möglichen Gebrechen des Besitzstandes, aufrecht, so meinen wir darin etwas possessorisches erblicken zu müssen.

Wegen der Worte „aedibus ejus," und in Vergleichung mit l. 1. §. 4. §. 5. D. arb. caed. (43, 27) Paul. R. S. V. 6, 13. fordert Schmidt v. J. (S. 78.) vom Kläger Hauseigenthum. Wir glauben wohl, daß ein offenbarer Miethsmann nicht interdiciren kann. Ob aber Kläger verliert, wenn man ihm beweist, daß er blos Hausbesitzer ist? oder ob er gar selbst Eigenthum beweisen muß? Beim interd. de itinere, z. B. ist es nicht der Fall (l. 1. §. 8. D. itin. 43, 19); warum es beim drängendsten Interdicte der Fall sein soll, sehen wir nicht ein. Fiele Kläger vielleicht auch durch, wenn Beklagter blos Besitzer wäre? Undenkbar; und dennoch heißt es: ex aedibus ejus in tuas pertinet. Das J. geht nur gegen Widersetzung bei Ausbesserung ꝛc. der Cloake. Wie steht es bei sonstigem factischem Eingriff, z. B. durch Bauten? vgl. l. 15. §. 5. D. quod vi aut clam 43, 24. Schmidt v. J. a. a. O. S. 88. 89. Albert, über d. i. u. p. §. 38. Anm. 4. Das ganz anders lautende J. in Betreff öffentlicher Abzüge gehört nicht hieher. — —

So weit nun ist durch Aufstellung eigener Interdicte für

den possessorischen Schutz von Prädialservituten gesorgt. Wie es sich aber bezüglich der übrigen Prädialservituten: der noch übrigen Rusticalservituten, und aller Urbanalservituten, mit Ausnahme der Cloaken, verhalte: ob sie possessorischen Schutzes gänzlich entbehren (Wiederhold, Vangerow u. e. A.) — oder sämmtlich mit dem interdictum uti possidetis, direct (Urbanalservituten), oder utiliter (die übrigen Rusticalservituten) (Thibaut, Roßhirt, Mühlenbruch u. A.) — oder ob zwar die noch übrigen Urbanalservituten, nicht aber auch die noch übrigen Rusticalservituten mit dem i. uti possidetis zu schützen seien (Savigny, Schweppe, Albert, Puchta, Göschen) — ob dann für diese letzteren (Rusticalserv.) die Spolienklage (Savigny, v. d. Pfordten, W. H. Puchta, Arndts) oder eigene Interdicte, analog denen de itinere und de aqua platzgreifen sollen (Puchta, Heerwart) — — all das und noch mehreres ist so streitig, als in Kürze aus diesen Andeutungen, in Ausführlichkeit aber aus Pfeiffers „practischen Ausführungen" Bd. VII. 1. S. 418 — S. 443 erhellt. Eine Abweichung muß aber noch besonders hervorgehoben werden: daß zwar für diejenigen Urbanalservituten, deren Ausübung mit dem herrschenden Gebäude zusammenhängt, das i. uti possidetis platzgreife, nicht aber auch für die negativen (Heerwart, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XII. S. 147. S. 283 fg.; Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XI. S. 348 — 353 und Anm. zu Puchta P. §. 139. not. g.).

Uns scheint nun 1) sicher, daß das i. uti possidetis auf negative Prädialservituten nicht paßt; daß ihm diese von Natur aus widerstreben, bedarf keiner Auseinandersetzung (vgl. Heerwart a. a. O. S. 285 unten u. fg.); daß die Quellen (l. 8. §. 5. D. si serv. vind. 8, 5. l. 32. §. 1. D. s. p. u. 8, 2.) nicht dafür sind, hat Heerwart dargethan; daß sie dagegen sind, Rudorff: l. 5. §. 10. D. o. n. n. (39, 1.): — si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Ebenso sicher dünkt uns aber 2) daß das i. uti possidetis seinen Gebäudeschutz auf solche Servituten von selbst erstreckt, welche, wie die meisten affirmativen Urbanalservituten, auf körperlichen Theilen des Gebäudes beruhen. Hieher (nicht zu l. 32. §. 1. D. s. p. u. 8, 2. vgl. Heerwart a. a. O. S. 285.) gehört die Bemerkung: — ut per se possideri non possint,

sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet — und l. 20. pr. D. s. p. u. Wer eine solche Servitut stört, stört das Gebäude. Zu dieser natürlichen Nothwendigkeit kommen Zeugnisse der Quellen: das entschiedenste die Ausnahme der Cloaken in l. 1. pr. D. uti poss. 43, 17. (vgl. Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. a. a. O. S. 352.) Auf unsere Frage geht auch die schwierige l. 3. §. 5. §. 6. D. uti poss. (43, 17). Ulpian.: Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum u. p. sit utile alteri adversus alterum? Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. (§. 6.) Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo; interdicis mecum: „si eum locum possideamus, qui projecto tegetur": An quo facilius possim retinere possessionem ejus protectionis, interdico tecum sic: „uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectas est"? Weder die Cujazische Lesart („utile" statt „inutile" — Obs. lib. XVII. c. 2.) noch die Albert'sche Conjectur („utique" statt „utrique" — Ueber das i. uti poss. 1824. §. 104.) führen zum Ziel. Wir dürfen wohl auch widersprechen, daß Labeo anderer Ansicht war, als die bei Cassius angeführten Juristen, und daß Ulpian der des Labeo den Vorzug gegeben (Rudorff a. a. O. S. 351). Jene verwarfen das i. uti possidetis, weil es an der Identität des bestrittenen Besitzes (eae aedes) fehle; dasselbe — die Differenz des Besitzes — ging auch aus dem hervor, was Labeo schrieb; ob er trotzdem das i. u. p. zuließ, mag dahingestellt bleiben; stillschweigend könnte auch das Gegentheil ausgesprochen sein. Verworfen wird hier aber nur das i. uti poss. in seiner Eigenschaft als Präparatorium für das Petitorium (si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur —): daß es schlechthin unzulässig sei, kann hieraus nicht gefolgert werden. Dagegen muß, was von der servitus projiciendi gilt, von allen derartigen Urbanalservituten gelten, so daß wir bis auf ein gewisses mit Vangerow (§. 355. Anm. 2. b.) zusammentreffen. Was endlich 3) die noch übrigen Rusticalservituten anlangt, so gilt für diejenigen, welche die Gestalt und den Inhalt von städtischen haben, das ad 1. u. 2. Bemerkte; für die anderen aber, welche wie das Wegrecht ꝛc. auf immer wiederkehrenden Handlungen beruhen, überall nicht

das i. uti possidetis. Hier fehlt es nicht nur an einem Besitze, wie ihn das i. uti poss. voraussetzt, sondern überhaupt an einer Bestimmung, wann der betreffende Quasibesitz gegründet sei, so daß, wie Heerwart (a. a. O. S. 176.) richtig bemerkt, mit der bloßen Annahme einer actio spolii, die den Quasibesitz gleichfalls voraussetzt, nichts gethan ist. Besteht wirklich auch hier ein Bedürfniß nach possessorischem Schutze — und allerdings sehen wir wenigstens heutzutage nicht mehr ein, warum es z. B. für Weide weniger bestehen soll, als für Wege (Thibaut, Arch. f. civ. Pr. I. S. 116.), — so wird hier vor allem der Besitzstand regulirt werden müssen, dem der Wege ꝛc. analog und so, daß man es nicht bei der üblichen Verweisung auf das Muster bewenden läßt, sondern, auf der von Heerwart (a. a. O. §. 17 — §. 33.) betretenen Bahn, die Copien auch wirklich ausführt. Wie der Besitzstand müssen sich dann auch die einschlägigen Klagen nach den einschlägigen Interdicten richten.

3) Für Superficies haben wir wieder ein eigenes Interdictum ret. possessionis:

> Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, q. d. a., nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero frue(i)mini, quominus fruamini, vim fieri veto — (l. 1. pr. D. superf. 43, 18.)

Mag alles andere „exemplo interdicti u. p.“ (l. 1. §. 1. und §. 2. besonders in fin.) sein, so weicht dieses J. von seinem Muster doch nicht nur im Besitzobject (superf.) und in der Besitzesart (fruimini), sondern auch dadurch ab, daß eine causa des Besitzes genannt wird (ex lege loc. s. cond.) — ein Umstand, der der Glosse [zu den Worten der *l. 1. §. 2. eod.: — neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario (ab) adversario possideat*] Schwierigkeiten machte, während die Neueren, so viel wir sehen, kein Bedenken haben. Von den Erklärungen der Glosse [*dicit sed non probat — vel ibi contra dominum, hic contra extraneum — vel nec dicit, nec probat, sed satis est, quod possideat ut superficiarius, et hoc asserat: non dico quod dicat se conduxisse vel emisse*] scheint aber keine zu taugen; statt dessen mag vielleicht in Erwägung kommen, ob der, welcher eine Superficies besitzen will, nicht auch die für diese

Superficies contractmäßig bestehenden Bedingungen erfüllen muß, womit er ein Recht auf dieselbe noch nicht weder bekundet noch erwirbt.

Ohne weiteres paßt auch das i. de precario für die Superficies: arg. l. 2. pr. §. 3. D. prec. (43, 26.); desgleichen auch das i. de vi: l. 1. §. 5. D. de vi (43, 16.) vgl. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. XI. zur Gesch. der Superf. S. 233.

4) Der Quasibesitz des Emphyteuta (oben S. 79.) hat nicht minder als der des ususfructus Anspruch auf das i. uti possidetis — auf das de vi — und das de precario — (s. oben S. 88. 89. vgl. Heerwart, a. a. O. S. 146. Anm. 5. Arndts P. §. 196. not. n.)

Der Besitz von Weg und Wasser ist zum Behufe der Interdicte de itinere und de aqua, so wie wir sahen, näher bestimmt worden; hiemit aber auch der Begriff dieses Besitzes. Denn schwerlich ist hier ein Besitz vor den Interdicten da gewesen oder angenommen worden, wie wir es von der corporis possessio glauben dürfen; und Bruns apriorisirt, wenn er bemerkt, daß die Interdictsformeln für Weg- und Wasserrechte „nicht auf den Begriff der quasi possessio, sondern einfach auf den der Ausübung der Servitut gestellt sind" (a. a. O. S. 88.), ist aber ehrlich genug zu bekennen, daß sein Begriff von quasi possessio „keineswegs den Ausgang für die practische Behandlung der quasi possessio gebildet habe" (S. 82). — Eine andere Frage ist die, ob überall, wo etwa sonst noch ein Besitzstand jener Servituten zur Sprache kommt, sich dieser nach den Anforderungen des Interdictenbesitzes bestimmt: ob also der Interdictenbesitz hier, wie bei der corporis possessio, den Besitz überhaupt, oder nur eine Species desselben bedeutet. Hierauf werden wir gelegentlich zurückkommen. — Endlich hängen wir noch die Frage an, ob und worin bei denjenigen Prädialservituten, welche mit possessorischen Interdicten überhaupt nicht (s. altius non tollendi etc.), oder doch nicht mit eigenen Interdicten (wie mit Ausnahme des Abzugsrechtes alle affirmativen Prädialservituten) geschützt oder zu schützen sind: — ob und worin hier ein Quasibesitz bestehe? (vgl. oben S. 79). Gelegentlich der Confessoria und Negatoria, der Ersitzung und des Nonusus werden wir auch hierauf zurückkommen.

§. 33.

Soweit das Römische Recht, und was man unmittelbar aus ihm ableiten kann. Noch bedarf, was unser Mittelalter in Ansehung des Besitzes wie des Besitzesschutzes hervorbrachte, eines Blickes. Wir meinen nicht den Streit, ob der Besitz ein Faktum oder Recht, was civilis, was naturalis possessio sei, wie mit dem animus domini der abgeleitete Besitz zu vereinigen sei, überhaupt keinen bloßen Streit über das R. Recht, wenn er auch wie jener schon mit den Glossatoren begonnen und zur Stunde noch unerledigt wäre, sondern eigene That und Erfindung. Soviel wir nun aber aus dem lehrreichen Buche von Bruns hierüber entnehmen können, ist der Besitz selbst, wenigstens so wie er im canonischen Rechte vorkommt, kein anderer als der römische; schwieriger scheint es, über das germanische Recht, in welchem Besitz und Recht vielleicht nicht in der römischen Weise auseinandergegangen, ein Urtheil zu fällen; die allenfalls vorgelegene germanische Eigenheit ist indeßen jedenfalls in Vergessenheit gerathen. Die Kirche aber, die — selbst nicht national — keinen eigenen Begriff vom Besitze hatte, generalisirte den römischen, und begann diese Thätigkeit noch unter der römischen Herrschaft, vor Justinian: nicht am Sachenbesitze, der in dem factischen Haben seine unüberschreitbare Grenze hat, sondern am Quasibesitz. Hier ist die großartigste Ausdehnung möglich, weil Ausübung — worin er besteht — nicht nur von Servituten und einigen anderen Rechten, sondern von allen Rechten möglich ist, von öffentlichen und geistlichen, wie von weltlichen und Privatrechten; doch setzen folgende 3 Punkte vernünftigerweise eine Grenze: daß der Besitz Ausübung eines Rechtes sein soll, also nur wo ein Recht, auch ein Besitz möglich ist — daß, wo bereits corporis possessio, nicht auch noch Quasibesitz Platz hat — und daß der Besitz überall etwas Dauerndes haben muß, ein Zustand ist, also bei Rechten, welche in einmaliger Ausübung bestehen, nicht angeht. Soweit nun aber, als innerhalb dieser Grenzen ein Quasibesitz möglich, soweit ist er wirklich angenommen, bereits in der Glosse zum Dekret (Gratians); von den Episcopalrechten, mit denen die Ausdehnung begann, bis herab zum Besitz des Eherechts, und

wenigstens derjenigen Obligationen, welche nicht nur zu ständigen oder doch öfteren Leistungen verpflichten, wie die Pacht, sondern überdies als Reallasten irgend einen dinglichen Zusatz haben (Bruns §. 15. §. 24. §. 29). Nachmals nahmen aber Viele auch bei reinen Obligationen, z. B. an Pachtzinsen, wo keinen Quasibesitz, so doch einen status percipiendi an, was sie, consequent, auch durften. — Für die Bestimmung, wann in allen diesen Fällen der Quasibesitz begründet sei, ward in den Gesetzen nicht gesorgt; die Jurisprudenz aber hätte bei der Willkür, die hier die Sache mit sich bringt, selbst wenn sie gewollt hätte, nur schwer zum Ziele gelangen können (z. B. wie oft ein Wahlrecht oder Collationsrecht ausgeübt werden müsse; wann der Ehebesitz begründet sei u. s. f., vgl. Bruns S. 202. Nr. 3; S. 193 fg. S. 239. S. 241). Indessen kommen Fälle vor, in welchen die Begründung des Quasibesitzes nicht nur so genau bestimmt ist, als es je nach R. Rechte der Fall war, sondern überdies neu, in selbstgeschaffener, zweifelsohne germanischer Weise; die Fälle nämlich, in denen „investirt", „installirt", und zwar „corporaliter" investirt rc. wurde (vgl. Bruns §. 25. S. 198. 1). Wäre eine derartige Begründung des Besitzes allem Quasibesitz gemein, dann hätte Bruns Recht, wenn er ihm etwas anderes, als Ausübung zu Grunde legte. Was den Schutz des Besitzes anlangt, so müssen wir dahingestellt sein lassen, ob die germanischen Rechte, von späteren partikularen Ausnahmen, wie dem bayrischen Landfrieden von 1281 und Art. 205 des bayrischen Landrechts von 1346, abgesehen, possessorische Klagen hatten (vgl. Bruns §. 36—39); das canonische Recht recipirte die römischen und erfand neue. 1) Recuperatorische Rechtsmittel. Das allumfassende und weiteingreifendste ist die s. g. condictio ex can. Redintegranda: c. 3. C. III. q. 1: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eorum unde abscesserunt potestatem funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut virtute (violentia) majorum, aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum. Von den Vorbedingungen dieser ex officio vorzunehmenden

Restitution: daß Bischöfe exspoliirt, und überdies in Anklagestand versetzt sein müssen, nahmen die Glossen zum Dekret, dann Theorie und Praxis des 14. und 15. Jahrhunderts Umgang und bildeten eine gemeine, selbständige, vor dem gewöhnlichen Richter anstellbare Klage, welche weder an die kurze Zeit des interdictum de vi, noch an Immobilien, oder Sachen überhaupt geknüpft sein soll; zwar eine Exspoliation, damit aber nicht gerade gewaltsame Dejection voraussetzt, und außer der Dejection nicht nur zwangsweise oder betrügerische oder ungerechte (richterliche) Entziehung, sondern auch eine bloße Verweigerung (z. B. von Prästationen), kurz (gleich dem Worte spoliare) keine besondere Art, sondern den bloßen Effect der Entziehung, oder einer dem bisherigen Besitzstand widerstrebenden Vorenthaltung in sich begreift; auch nicht bloß gegen den Thäter selbst, sondern gegen jeden Dritten, an den die Sache rc. käme, gerichtet sein soll, und zwar schlechthin, ohne die Unterscheidung von c. 18. X. restit. spol. (2, 13): — si quis scienter rem talem receperit. Und diese Klage ward dann selbst für den bloßen Detentor in Anspruch genommen (Bruns §. 19. §. 21. §. 22. §. 23. §. 27). 2) Innerhalb des interdictum uti possidetis entwickelt sich das Summariissimum, dessen älteste Spuren sich bei den Canonisten finden (Bruns §. 28). Freilich ist es hier noch weder provisorisch, noch summarisch, sondern ein außerordentliches int. uti possidetis, außerordentlich darum, weil der Richter, anknüpfend an l. 13, §. 3. D. usufr. in fin., wegen obwaltendem „timor armorum“ „de plano“ (d. h. hier ohne Klage, ex officio) einschreitet. Summarisch und provisorisch ward dieses Rechtsmittel erst durch die italienische weltliche Praxis, als man den Richter nicht nur ex officio einschreiten, sondern allenfalls auch (den Besitz) sequestriren ließ; vor der Sequestration mußte nun ein summarisches Beweisverfahren behufs vorläufiger Entscheidung über den gegenwärtigen Besitz, mit Vorbehalt des Ordinarium (U. P.) eingeleitet werden; nur wenn es kein bestimmtes Resultat gab, wurde sequestrirt und wieder das Ordinarium eingeleitet. Auf jenes summarische Vorverfahren (Summariissimum) konnte nun aber auch von den Parteien angetragen werden. Endlich im 15. Jahrhundert ward es auf Anrufen der Parteien, auch ohne den „timor armorum“ zugelassen, zunächst

als „portio interdicti uti possidetis" — zur Entscheidung, daß und wer während des Prozesses (Ordinariums) in ungestörtem Besitze sein solle; nach dem Grundsatze, daß omnis possessor lite pendente in possessione officio judicis manuteneri debet, griff es aber auch in petitorio, ja selbst in recuperatorischen Besitzklagen Platz, und allgemein nicht nur während, sondern auch vor dem Hauptprocesse (Bruns §. 33).

Durch das Medium der italienischen Theorie und Praxis sind alle diese Ausdehnungen des Besitzes und Besitzschutzes auch nach Deutschland gekommen. Die körperliche Unterlage, welche hier die Zinsgewere, der Lehenbesitz, vielleicht auch die Gerichtsbarkeit und andere Hoheitsrechte am Zinsgute ꝛc. hatten, wurde unter jenem Einflusse zum Theile wenigstens verflüchtigt, so daß es zu einer wahren juris quasi possessio kam (Bruns §. 38). Die condictio ex can. Redint., in der italienischen Praxis gleich anderen ähnlichen Condictionen von einzelnen Gesetzen ausgehend, macht sich von ihrem canon los, und erhebt sich zu einer allgemeinen, ausdrücklich auf Gewohnheit fußenden „actio spolii" (J. H. Böttiche, diss. de actione spolii a. 1677), welche „omni cujuscunque rei possessione injuste privato (competit) contra ejusdem possessorem ut restituatur." Bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts ist sie überall anerkannt, und hat im Kampf gegen ihre Feinde, besonders J. H. Böhmer, der ihr (so gut er konnte) reines römisches Recht entgegensetzte, höchstens die maßlose Ausdehnung gegen Dritte, die Statthaftigkeit für Detentoren, und die alte Leichtigkeit des Beweises eingebüßt; im Klagegrund, im Gegenstand, und in der Zeitdauer blieb ihr die alte Weite und Breite (Bruns §. 44. §. 45). — Das Summariissimum, (welches Hommel, Diss. de processu possess. summariissimo, qu. 1. verkehrt und richtig, je nachdem man die Sache ansieht, für das alte interd. uti possidetis erklärt), findet in jener vorletzten Gestalt, wornach es „timor armorum" voraussetzt und möglicherweise zu Sequestration führt, in den Fehden der Fürsten und Herren guten Boden, und am Reichskammergerichte lebhafte Vertretung (vgl. rev. K. G. O. v. 1548 II. Tit. 21. §. 3). Außerdem aber, für (niedere) Geistliche, deren „arma sunt preces, orationes et lacrymae" und für „Plebejer" kam das letztgedachte Summariissimum in Aufnahme: nun

aber in vollständiger Trennung von dem Ordinarium — nicht nur bei litigiosa, sondern jeder turbata (corporis und juris, mobilium und immobilium) possessio — gegründet auf „den jüngsten (also gegenwärtigen) Besitz", während das Ordinarium auf älteren und besseren (titulata possessio) erkennen sollte — allmählig auch mit Zulassung der Einreden des i. uti possidetis — und so schleunig, daß es allenfalls auch 40 Jahre dauerte, und an ein i. uti possidetis als Ordinarium selten mehr gedacht wurde. So war hier das Summariissimum so ziemlich an die Stelle des i. uti possidetis getreten, letzteres aber, soferne es überhaupt vorkam, einer Publiciana in rem actio ähnlicher geworden (Bruns §. 44. §. 45).

Seit Savigny ist mit der klareren Kenntniß des römischen Besitzrechtes der Anschluß an dieses wieder stärker und unmittelbarer geworden. Damit ging dann natürlich eine, vielleicht nicht immer unpartheiische, Kritik der modernen Zusätze Hand in Hand; und jedenfalls ist die herrschende Stimmung die, von diesen nur das Nothwendige zu behalten. Als ein solches läßt sich aber betrachten 1) possessorischer Schutz für Rechte, wenn auch nicht in der ganzen Ausdehnung des canonischen Rechts, so doch in größerer, als nachweislich das R. Recht kennt. Für uns kommen hier aber nur die Servituten in Betracht; vor einem Besitze bloßer Forderungen, und wären sie noch so vielfach, schrecken heutzutage Alle zurück; ganz anders verhält es sich mit den dinglichen Forderungen (Reallasten) des deutschen Rechts. Unter den Servituten aber sind zu unterscheiden diejenigen, für welche das R. R. keine (oder doch keine eigenen) Interdicte wollte (negative, und die meisten affirmativen Prädialservituten), und diejenigen, für welche es Interdicte wahrscheinlich nur noch nicht hatte (jus pascendi, calcis coquendae etc.). Für jene sollten vernünftigerweise auch wir nichts weiteres verlangen (vgl. oben S. 96.), wogegen ein Possessorium in Betreff der letzteren nun doppelt begründet ist. Vorausgesetzt nun aber, was nothwendig vorauszusetzen ist: daß der Besitz selbst hier in's Einzelne normirt werde (vgl. oben S. 81.), so möchte man zum Schutze dieses Quasibesitzes gleich das schon vorhandene Rechtsmittel der Spolienklage verwenden — wenn dieses nur nicht überall eine Privation, nicht bloße Störung des Be-

sitzes voraussetzte: wie insbesondere in der Praxis des Casseler O. A. Gerichtes festgehalten wird; (Pfeiffer, pract. Ausf. VII. I. S. 474.) und auch wir müssen (gegen Savigny a. a. O. S. 631. Anm. 1.) bemerken, daß z. B. das interdictum de aqua zwar allen Anlaß zu einer Spolienklage, nicht aber die Spolienklage allen Anlaß zu jenem Interdicte in sich begreift. So thut ein Rechtsmittel noth, das analog den Weg- und Wasserinterdicten gegen Störung und Ausschluß des Quasibesitzes zugleich geht. Es versteht sich hiernach von selbst, daß wir diejenigen Interdicte, welche das R. Recht für die Servituten aufgestellt hat, als unser Eigen behalten müssen, und nicht etwa an eine Spolienklage aufgeben oder auch nur abwechselnd mit dieser gebrauchen dürfen, oder sollen (vgl. Sav. S. 633). Was 2) das interd. unde vi anlangt, so scheint uns so viel festzustehen, daß a) wenn nicht auf Grund schon der l. 7. C. unde vi (s. oben S. 85.), so doch auf Grund der mit der Spolienklage in Uebung gekommenen Sätze eine recuperatorische Besitzklage auch wegen gewaltsamer Entziehung von Mobilien gegeben werden muß; daß b) es eine recuperatorische Besitzklage, bei Mobilien und Immobilien, nicht blos gegen den Vergewaltiger, sondern auch gegen Dritte, indessen nurmehr unter der Voraussetzung von c. 18. X. rest. spol. cit. gibt, da man bereits im vorigen Jahrhundert die Spolienklage selbst auf dieses Maß zurückgeführt hat (Bruns S. 395. oben); daß es endlich c) eine recuperatorische Besitzklage gibt, welche nicht schon in einem annus utilis verjährt, sondern der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterliegt (vgl. Bruns S. 396, Sintenis pract. gem. Civilr. §. 124. Anm. 48. a. E.). Es fragt sich nun aber, ob wir diese der Spolienklage entnommenen Eigenschaften einer recuperatorischen Besitzklage auf das interdictum de vi als moderne Zusätze übertragen, oder ob wir uns dieser Exspoliation der Spolienklage enthalten und diese selbst anwenden sollen. Die Folge dieser letzteren Entscheidung wäre, daß wir das interdictum u. v. als überflüssig aufgeben müßten. Wir halten den ersten Weg für sicherer: weil wir in dem Interdicte wenigstens eine feste Grundlage haben, während die Spolienklage von jeher, und insbesondere in unserer heutigen Praxis wieder im Einzelnen und als Ganzes in Frage gestellt ist (vgl. Sint. a. a. O. Seuffert, Pand.

§. 415. Anm. 2). Halten wir nun aber das Interdict mit jenen Zusätzen fest, so muß so weit als das Interdict herrscht, die Spolienklage weichen; also auf dem Gebiete gewaltsamer Besitzentziehung an Sachen wohl überhaupt, als überflüssig, aufgegeben werden; denn kaum könnte sie hier noch irgendwem nützen: es wäre denn dem Detentor, für den sie selbst — von der Zeit an, da man einsah, daß das interdictum de vi nur dem Possessor zustehe — nicht mehr sicher ist (Bruns, S. 393. 394, vgl. Sintenis a. a. O. S. 752). Da wir auch oben bei den Servituten (sub. 1.) uns für analoge Weiterbildung der römischen Interdicte entscheiden mußten, so möchte die Spolienklage nur mehr beim Quasibesitz der deutschen Rechte (vgl. aber Heerwart a. a. O. §. 35 fg.) und dann bei Privationen in Frage kommen, wo ihr nicht mehr aus Interdicten, hingegen aus actio quod metus, de dolo und anderen Klagen abermals eine Concurrenz erwachsen wird. — Wir haben die Spolienklage als possessorisches Rechtsmittel gedacht; dürfen aber nicht verhehlen, daß im Zusammenhang mit den „condictiones" aus den verschiedenen canones noch eine andere Auffassung möglich wäre; denn auch die Besitzescondictionen, welche bereits das römische Recht hat (l. 1. §. 1. l. 2. D. cond. trit. 13, 3. l. 25 pr. §. 1. D. furtis 47, 2. l. 15. §. 1. D. cond. ind. 12, 6. u. a. Bruns §. 5.) können wir nicht als possessorische Klagen bezeichnen; ihnen liegen Obligationen, nicht der Gedanke zu Grund, daß gegen Gewalt und Eigenmacht selbst das Unrecht geschützt werden müsse. Von obligatorischem Standpunkte aus ließe sich manches rechtfertigen, was in der Spolienklage außerdem als maßlose Ausschreitung erscheint; vielleicht daß man von ihm aus zu einer Beseitigung der recuperatorischen Interdicte, ja zu einer für uns geläufigeren Behandlung der Besitzesstörung und eigenmächtigen Besitzesentziehung überhaupt gelangen könnte — — allein mit all dem würden wir wohl überall mehr constituiren als interpretiren, und weiter greifen, als hier wenigstens gut und recht wäre. — Was endlich 3) das Summariissimum anlangt, ist nun so viel sicher gestellt, daß es nicht anders als das i. uti possidetis über gegenwärtigen Besitz entscheidet, und daß der „jüngste" Besitz blos das „jüngste factum possessionis" ist, worauf der vorläufige Beweis des gegenwärtigen Besitzes

gebaut wird (Bayer, summ. P. §. 68. §. 65. vorletzter Abs.). Im Uebrigen scheint man das S. nur mehr bei einer controversia possessionis, also angesichts eines i. uti possidetis, zulassen zu wollen, während man anderseits, wenn auch keinen timor armorum, so doch eine Störung und daß es ohne das Provisorium leicht zu Gewaltthätigkeiten kommen könnte (Bayer §. 66. Anm. 9.) voraussetzt (s. aber Bruns S. 419 fg.).

Praetoriae stipulationes.

§. 34.

„Vermittlung und Decret des Magistrates ist der ordent„liche Weg zu einem Judicium: aus besonderen Gründen kann „man aber auf diesem Wege auch zu einem Vertrage mit seinem Gegner gelangen." (Keller, Civpr. §. 77.) Darüber, daß die lex dieser conventiones de mente Praetoris qui eas proposuit, abhing, ist kein Zweifel (l. 52. pr. D. [v. o. 45, 1.]); um so mehr müssen wir uns einen solchen freihalten, wenn Keller a. a. O. den „bestimmten Rechtsgrund" und das „wirkliche Zwangsrecht", welches er der „Verpflichtung eine stip. praetoria einzugehen" gegenüberstellt, von einem angestammten Rechte des Postulanten verstehen sollte. Der Umstand wenigstens, daß diese Stipulationen (nicht alle? l. 1. §. 2. D. h. t. 46, 5.) vice actionum sind (l. 20. D. rat. r. hab. 46, 8.), oder actionis instar habent (l. 37. pr. D. o. et a. 44, 7. l. 10. §. 3. D. comp. 16, 2.) spricht nicht dafür, und ein anderer, daß sie vom Prätor erst anbefohlen werden (z. B. l. 7. pr. D. damn. inf. 39, 2. — „promitti . . satisdari jubebo") entgegen; ein dritter: daß ihre Voraussetzungen allgemein bestimmt werden, kann auch ihnen nur das Ansehen eines Rechtes geben. Darnach mögen denn insbesondere die cautionales zwar ein „neues Klagrecht" zu begründen haben: daraus folgt noch nicht, daß auf die Caution selbst von Anfang ein Klagrecht bestanden; entspringen doch gerade sie a mero Praetoris officio (l. 5. pr. D. v. o.).

Von den drei Arten derselben (l. 1. D. h. t.) beschäftigen uns wenigstens hier nicht alle, und selbst von den cautionales werden wir die de legatis, de tutela, de rato, gleich der judicialis stip. ex operis novi nuntiatione leichter in anderem Zusammenhange mitbegreifen; für jetzt erübrigt die de damno infecto.

§. 35.

Daß hier ein Klagrecht erst begründet werden soll, zeigt das Motiv: l. 6. D. h. t. (39, 2.): Evenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint, adeo ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat. Hieraus erhellt schon, daß man damno jam facto zu spät kommt (vgl. l. 7. §. 1. eod.); echte Noth findet indessen auch hier ihre Nachhilfe) l. 7. §. ult. — l. 9. pr. — §. 3. l. 15. §. 28. h. t.), wobei Interdicte hin und wieder gute Dienste leisten, des Schuttes halber. „Aedes ruinosae" sind nur ein Beispiel: l. 19. §. 1. D. h. t.: Sive aedium vitio, sive operis, quod vel in aedibus, vel in loco urbano, aut rustico, aut privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit. l. 24. §. 12. eod.: — stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis, damnum fit. Für opera stund als Musterfall der Aquaeduct in der Stipulationsformel l. 30. §. 2. eod. Uebrigens haben wir unter ihnen nicht blos Anstalten, sondern auch Arbeiten zu denken, z. B. l. 24. §. 12. cit. l. 18. D. rem rat. hab. (46, 8.): — si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur. Wegen des locus, dann überhaupt des vitium wegen s. l. 24. §. 2. §. 3. §. 4. §. 9. D. h. t. Auch diesseits müssen nicht blos Häuser gedacht werden (arg. l. 9. §. 1. §. 2. §. 3. h. t.); sonst wäre es ungereimt, daß Miethsleute, ihre Frauen, kurz Alle, die beständig mit ihnen im Hause sind, postuliren können (l. 9. § 5. l. 18. pr.; vgl. l. 9. §. 4. eod.), während Pfandgläubiger und b. f. possessores durch das Formulare ausgeschlossen waren (— nec in hujus persona committi stipulationem), und troß l. 18. pr. eod. doch nur der Eine von diesen Zweien nachträglich begutachtet wurde l. 11. l. 13. §. 9. eod.; warum nur er, dafür gibt uns eine gleichfalls spätere Erweiterung (l. 13. §. 8. eod.: Superficiarium et fructuarium d. i. utiliter stipulari hodie constat vgl. l. 15. §. 26. §. 27. eod.) und ihr Grund (si et dominus proprietatis et fructuarius desideret, sibi caveri d. i. uterque audiendus est; nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus, quam quod ejus intersit) keinen geringen Anhalt. Irgend ein Recht

also setzt die Postulation voraus, (weshalb aber sie selbst noch nicht Recht ist); weiter als dieses kann auch das damnum oder Interesse nicht gehen, so daß selbstverständlich nur „de suo quisque damno", condomini also „sine adjectione partis" stipulirten und hier „pars adjecta partis partem" gemacht haben würde l. 27. eod. Ganz anders, wenn anstatt des bedrohten Hauses das bedrohende mehrere Herren hatte; diese mußten sich gegen die der noxa des Hauses eigene Solidarität der Schuld ausdrücklich verwahren (— pro sua quisque parte promittere debet l. 27. l. 40. §. 2. eod. l. 11. §. 3. D. aq. pluv. arc. 39, 3). — Caviren kann, wie zahlen, Jeder, nur daß, wer es nicht suo, sondern alieno nomine thut, doppelt caviren muß (satisdare, nicht blos repromittere) l. 7. pr. h. t. Suo nomine caviren aber nicht alle, welche aliquid in ea re jus (l. 9.; §. 4. — l. 13. pr. §. 1. eod. l. 19. pr.), also der möglichen Folgen wegen ein eigenes Interesse haben, nicht etwa blos, daß die Sache in Stand gesetzt, sondern daß cavirt wird (l. 15. §. 24 — §. 27. eod.). Uebrigens hängt es nicht blos mit den Personen, sondern auch mit den Sachen zusammen, ob repromissio, ob satisdatio (l. 15. §. 2. — §. 9. eod.) vonnöthen sei. Daß ohne Caution von keiner obligatio zu dereinstigem Schadensersatz die Rede sein könne, zeigt sich dann, wenn postulirt, aber nicht cavirt wird; denn dann kann es zwar nicht blos zu einstweiliger [*l. 4. §. 1. — in possessionem mittendus est —; l. 15. §. 11. — §. 14; §. 20; l. 4. §. 2. l. 15. §. ult. — l. 17. §. ult. l. 18. §. 13. §. 14. eod.*], sondern bis zu definitiver Einweisung [*possidere juberi jure dominii l. 15. §. 21. §. 22. §. 33. eod.*] und gleicher Ausweisung des Eigenthümers und sonst Berechtigter kommen, damit aber nicht schon auch immer zu seiner vollen Deckung.

Die Ladung zur Caution erging an den dominus, aber nicht ohne eine gewisse Rücksicht auf alle diejenigen, denen daran liegen konnte, daß cavirt werde (l. 4. §. 5. §. 6. eod.). Ein Calumnieneid (l. 7. pr. l. 13. §. 3. eod.) enthebt den Postulanten und seinen Stellvertreter (l. 13. §. 13. §. 14. cit.) des Beweises: utrum intersit ejus an non, vicinas aedes habeat an non habeat — wie Vangerow (§. 678. Anm. II. a. E.) bemerkt, nur in Anbetracht der Stipulation, nicht auch der Stipulations-

klage. Das versteht sich leicht in Bezug auf das damnum, ohne das die Stipulation gewiß nicht verwirken konnte: aber wie wenn ein non dominus sich caviren ließ? vgl. in dieser Beziehung die Edictsworte „— si controversia erit, dominus sit, necne, qui cavebit, sub exceptione satis dari jubebo —" l. 7. pr. Wie sollen wir es uns endlich nach all dem denken, daß „totum tamen hoc jurisdictioni praetoriae subjiciendum, cui cavendum sit, cui non?"

Heutzutage ist man so ziemlich allgemein gegen die Immissionen [Reinhard, über das Recht des Eigenthümers gegenüber dem Nachbarrecht ꝛc., Arch. f. civ. Prax. XXX. Nr. 8. S. 247, vgl. bayr. Landr. v. 1756. Th. IV. c. 16. §. 10.], für welche schon die lex Rubria c. XX. ein anderes Surrogat hat. Daß man heutzutage Anspruch auf Schadensersatz ohne jede vorherige damni inf. postulatio gewinne, ist auch schon behauptet worden (vgl. Reinhard a. a. O. S. 246.) in Abweichung freilich nicht blos von dem römischen Verfahren, sondern von dem Grundgedanken des Institutes. Hingegen mochten (ohne letzteren aufzugeben) Particularrechte, wie das Lübische (Stryk, usus mod. Pand. ad h. t.) sich anstatt der Stipulation mit bloßer Verwarnung begnügen (vgl. auch Reinhard a. a. O. S. 248.); das ganze Institut aber an die Polizei abzulassen (Unterholzner, Schuldverh. II. S. 720.), wäre mindestens den Interessen des Postulanden entgegen (Reinhard, a. a. O. S. 246).

Damni infecti cautio kann übrigens nicht nur klag-, sondern, nach Umständen, auch prohibitions- oder einredeweise erzwungen werden: l. 3. §. 6. D. quod vi aut clam. (43, 24.) l. 19. §. 4. D. loc. cond. (19, 2.) l. 3. §. 11. l. 5. §. 4. de itin. actuque priv. (43, 19.) l. 3. §. 9. D. riv. (43, 21.) l. 1. pr. §. 12. §. 14. D. cloac. (43, 23.) Vang. a. a. O. a. A.

In integrum restitutio.

§. 36.

Schon ihrem Namen nach keine actio der Partei (in integrum restitui postulat l. 4. D. i. i. r. 4, 1. vgl. l. 1. §. 4 D. dolo 4, 3.) geht sie von keinem Rechte, wenngleich von Gerechtigkeit (Puchta, Instit. §. 177. Vorl. §. 100. — nicht Gnade), von obrigkeitlicher, nicht von Privatmacht aus, und hat erst dadurch, daß jene sich an gewisse

Voraussetzungen für alle Fälle band, das Ansehen eines Rechtes erlangt.

Die Verletzung (captio), durch welche sie veranlaßt wird, ist so sehr keine Rechtsverletzung, daß sie vielmehr vom Rechte, wir wollen nicht sagen verschuldet, aber bewirkt sein muß. Hiemit ist das (durch die Worte des Paul. R. S. I. 7. §. 2. „quae .. gesta esse dicentur" näher beleuchtete) Gebiet der Ereignisse, aus welchen die erforderliche Verletzung entspringen kann (Sav. Syst. VII. §. 319.), zuäußerst begrenzt; hiemit scheint ferner ausgesprochen, daß nicht durch das Recht, welches schadet, auch die Hilfe geboten sein darf. Bestätiget wird das durch l. 16. pr. D. min. (4, 4). In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra i. i. restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. In der sofortigen Anwendung dieses Satzes suchen wir mehr den Schaden als die Hilfe: utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est. §. 1. Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter majores quidem; et ideo cessare partes Praetoris. Idem et Ofilius respondit: satis enim ipso jure munitus est — in der nun folgenden vermissen Manche die Regel §. 2: Pomponius quoque refert lib. 28., cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec defuncto herede, heredi ejus cavisset, se restituturam: Aristonem putasse, i. i. restituendam. Sed et illud Pomponius adjicit, quod potuit incerti condici haec cautio, etiam a majore: non enim ipso jure, sed per condictionem munitus est. Indessen einen Tadel gegen l. 16 pr. (Vang. §. 177. Anm. 1.) sprach Pomponius mit solchen Worten nicht aus (Burchardi, von der Wiedereinsetzung in den v. Stand 1831. §. 9. S. 104.); wohl aber die Mahnung, daß in l. 16. pr. cit. dem commune auxilium das merum (ipsum) jus nicht umsonst beigefügt sei. (Bei der Auslegung von §. 2. cit. muß man sich übrigens den Satz in l. 59. pr. D. cond. et dem. 35, 1. vergegenwärtigen. vgl. Burch. S. 103). Es bleibt dabei, daß der Schade durch das Recht bewirkt, und zwar wirklich bewirkt

sein muß; erhellt aber zugleich, daß nicht jede, wenn gleich gemeine Rechtshilfe, unsere i. i. r. ausschließt. S. auch l. 3. C. si tutor vel cur. (2, 25.): etiam in his quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curatore (jus) suum consequi possint, i. i. tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jam pridem placuit. vgl. l. 5. eod. l. 45. §. 1. D. min. (4, 4). Dagegen ist die Concurrenz der i. i. r. mit einer „alia actio" in den anderen, von Vang. §. 177. Anm. 1. Nr. 4. aufgezählten Fällen, namentlich auch in l. 10. C. resc. vend. (4, 44.) mindestens unsicher. (Ueber l. 10. cit. vgl. Sav. a. a. O. §. 316. S. 106. Nr. 4. q.). — Die Concurrenz der i. i. r. mit einem „gemeinen jus actionum" (Keller Civilpr. §. 79. I.) im Allgemeinen steht fest, und handelt es sich blos um Grund und Schranke. Für beides sieht man noch immer (vgl. Sav. a. a. O. S. 144. not. t. Burchardi a. a. O. S. 107. Anm. 66) Hofackers (Princ. jur. civ. §. 809.) Worte an: quodsi vero quis ordinario jure non ita plene ac expedite, ut extraordinario, tutus esset, utriusque juris remedia elective concurrunt. Den Grund scheinen sie richtig zu nennen; nicht so die Schranke, welche vielmehr in den Personen, als in den Sachen zu suchen sein dürfte. l. 12. D. min. (4, 4.) wäre uns nicht entgegen: Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque caeteri per exceptionem summoveri debet; scilicet quia communi jure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur SC. auxilio. Hier soll nicht blos dem Einen geholfen werden. Auch was die Art des Schadens anlangt (ob lucrum cessans genüge), hat Savigny (a. a. O. §. 318. S. 122. — gegen Puchta, P. §. 101. not. d.) zu weit gegriffen, wenn er auf die Personen nichts ankommen läßt: l. 18. D. major. (4, 6.): Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur; non cum et lucri faciendi ex alterius poena, vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant (ein Beispiel für alterius damnum in l. 19. l. 20. eod.) l. 7. §. 6. D. min. (4, 4): Hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur (z. B. l. 35. l. 44. eod.). Damit ist freilich nicht gesagt, werde

daß Minderjährigen jegliches, noch daß Volljährigen kein lucrum restituirt werde (l. 17. pr. §. 1. l. 41. D. ex quib. caus. 4, 6.); eines entsteht Beiden: l. 37. pr. D. min.: Auxilium i. i. restitutionis exsecutionibus poenarum paratum non est, ideoque injuriarum judicium semel omissum repeti non potest; l. 17. §. 3. D. usur. (22, 1.); daß es aber für Beide (auch für den minor) keine restitutio lucri ex alterius (nicht poena, sondern) damno (vgl. l. 20. D. ex quib. caus.) gebe, scheint erst bewiesen werden zu müssen. Mit Sav. übrigens Burchardi §. 6.

Die Gerechtigkeit, in welcher restituirt wird, ist so weit möglich geregelt worden 1) durch allmälige Feststellung der justae causae i. i. restitutionis: l. 1. D. h. t. (4, 1.): — sub hoc titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit: sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem. l. 2. eod.: sive per status mutationem, aut justum errorem — zu denen der Digestentitel (4, 7.) und Cod. (2, 55.) noch „alienatio judicii mutandi causa facta“ beifügt. Scheiden wir Antiquirtes und Uneigentliches (Sav. §. 316. S. 105. not. l. §. 333.) aus, so bleiben, wenn man anstatt jener wahrscheinlich historischen Reihenfolge (Sav. §. 320. S. 134. fg.) practischer Wichtigkeit den Vorzug gibt, und auch systematischer Zweckmäßigkeit Spielraum läßt (Sav. a. a. O. n.), Minderjährigkeit, Abwesenheit, Zwang, Irrthum, Betrug; — 2) durch Sätze, wie l. 9. §. 2. D. min. — in delictis (etsi) minoribus non subveniri — (vgl. l. 37. §. 1. eod.); — l. 9. §. 6. eod.: Adversus libertatem quoque (etsi) minori a praetore subveniri, impossibile est; (vgl. l. 11. §. 1. eod.; Cod. si adv. lib. 2, 31.); — l. 4. D. h. t. (4, 1.): Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is qui i. i. restitui postulat (Burchardi §. 8.); — abgesehen von den Regeln für gewisse Fälle, wie daß z. B. in manchen, nicht nur justa, sondern auch magna causa i. i. r. da sein muß (Burchardi a. a. O. S. 85 fg.).

Trotzdem bleibt, wie sich bereits an diesen Regeln zeigt, und später noch mehr zeigen wird, überall noch Spielraum für ein freieres richterliches Ermessen, das Einzige, was

von ursprünglich obrigkeitlicher Machtvollkommenheit stehen geblieben ist.

§. 37.

Was nun die einzelnen Restitutionsfälle anlangt, so ward bei der ersten Aufstellung

1) des Edictes de minoribus (l. 1. §. 1. D. h. t. 4, 4.):

Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam —

wohl nur an Minderjährige, und an eigene Handlungen des Minderjährigen gedacht, — in einer Zeit, da freie Minderjährige selbständig zu wirthschaften pflegten (s. oben S. 42 γ.); Restitution schien hier gerecht, woferne sie unschuldig („in delictis minoribus non subveniri" l. 9. §. 2. squ. eod.) durch ihre Jugend, nicht etwa durch ein Allen gleich unvermeidliches Schicksal, (l. 1. pr. §. 2. l. 11. §. 4. §. 5. l. 18. §. 1. l. 44. eod.) ihre Selbständigkeit büßten. Nachher wurden unter den Geschäften „mit dem Minor" auch die mit seinem Curator und (vielleicht jetzt erst) mit seinem Procurator verstanden, umsomehr die, zu denen der Curator blos consentirte; und folgerecht auch die Pupillen in den Kreis des Beneficiums hereingezogen (l. 47. l. 38. l. 7. §. 8. l. 29. pr. eod.); die weitergehenden Ausdehnungen des späteren römischen [*l. 4. C. quib. ex caus. maj. 2, 54.* vgl. *l. 78. §. 1. D. leg. II.* Burchardi a. a. O. S. 257. Anm. 11 — 14.], wie des canonischen Rechts [*c. 1. squ. X. in int. rest. 1, 41.; c. 6. c. 11. X. reb. eccl. 3, 13.*], sowie die Versuche und Versuchungen der Praxis, das Maß voll zu machen (Burch. S. 259 fg. Sav. a. a. O. S. 160.), lassen sich darnach denken. — Gegen die Handlungen der Vormünder ꝛc. wird restituirt nicht etwa blos, wenn diese etwas „versehen" haben (Sav. a. a. O.), sondern vor allem (arg. l. 47. pr. D. h. t.) in Delicten derselben (vgl. die sordes und gratia in l. 7. §. 8. eod.); natürlich nicht, wo von all dem nichts vorliegt. vgl. l. 18. §. 1. l. 49. eod. l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29). Worin nun aber hier noch die Gerechtigkeit der i. i. r.? Burchardi denkt auch hier die Jugend des Geschädigten als letzten Grund des Schadens und der Restitution (S. 225 fg. vgl. Sintenis, pr. gem. Civilr. §. 36. Nr. III. S. 373.); und in

der That hat der Schade, welchen der Mündel durch den Vormund erfährt, zugleich mit der Vormundschaft seinen Grund in der Jugend des Mündels. Donellus (Comm. de jure civ. lib. 21. c. 11. §. 8.) geht von l. 25. D. leg. (1, 3.) aus: Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. Die Quellen selbst geben uns vielleicht in l. 51. §. 4. D. fidej. (46, 1): Cum inter fidejussores actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus ejus qui solvendo est non pertinet: nec auxilio defendetur aetatis actor; non enim deceptus videtur, jure communi usus (vgl. l. 9. C. h. t. 2, 22) — einen Wink zu Gunsten der Burchard'schen Auffassung, indem man dem jus commune die besondere Lage der Jugend gegenüberstellen kann. Hingegen können l. 46. und l. 23. D. h. t. für gegenwärtige Frage nicht so wie Burchardi (S. 227. Anm. 36. und 37.) will, benützt werden [vgl. *l. 4. pr. D. re jud. 42, 1;* die Glosse und Cujacius *in Resp. J. Pauli*, zu *l. 46. cit.*]. Unklar ist uns Puchta (Vorl. I. §. 102 — 104. 4. Aufl. S. 232.) geblieben: „Die Beiziehung des Vormunds schließt an sich die Restitution nicht aus; wohl aber, wenn sie jenes Resultat hatte" (überhaupt Läsion? oder Läsion durch „Leichtsinn und Unerfahrenheit"?). Nicht minder kurz, und treffend sagt Noodt — (Comm. ad h. t.): ne minor per causam aetatis laedatur. — Dann dachte das Edict selbst wohl nur an freie minores: arg. l. 1. pr. §. 3. l. 3. §. 4. D. h. t. Sed utrum solis patribus familiarum, an etiam filiisf. succurri debeat, videndum — eine Ausdehnung, welche ihre bedenkliche Seite hatte, quod, si quis dixerit etiam filiisf. in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam majoribus subveniatur, i. e. patribus eorum... Praetor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus. Sehr nahe lag aber eine media sententia: existimantium, filiumf. minorem annis i. i. restitui posse ex his solis causis, quae ipsius intersint — deren weitere Ausführung, besonders in l. 3. §. 4. cit., dann in §. 5 — §. 10. l. 23. D. eod. auch außerdem lehrreich ist. — Dem Edicte gemäß mußte der Minderjährige zur Zeit des captiosen Geschäftes minderjährig sein; wie si quis cum minore contraxerit, et contractus inciderit in

tempus quo major efficitur: utrum initium spectamus, an finem? (l. 3. §. 1. eod.). Beispiele geben §. 1. cit. §. 2. eod. vgl. l. 78. pr. D. v. o. (45, 1.) l. 7. §. ult. D. ad SC. Maced. (14, 6.); einen Anhaltspunkt für die Entscheidung nahm man von außen her: et placet (ut et est constitutum) si quis major factus comprobaverit, quod minor gesserat, restitutionem cessare; allein für alle Fälle scheint er weder auszureichen (arg. l. 3. §: 1. cit.), noch zu gelten: §. 2. Scio etiam illud aliquando incidisse: minor v. q. a. miscuerat se paternae hereditati, majorque factus exegerat aliquid a debitoribus paternis: mox desiderabat restitui i. i., quo magis abstineret paterna hereditate; contradicebatur ei quasi major factus comprobasset, quod minori sibi placuit; putavimus tamen restituendum i. i., initio inspecto. Idem puto et si alienam adiit hereditatem. Burchardi (S. 220.) ist hierüber so schnell wie Donellus (Comm. de j. civ. lib. XXI. c. 7. §. 15.), nach ihm so mancher ganz hinweggegangen (Savigny, Puchta, Arndts, Vangerow, Mühlenbruch, Seuffert u. A.); die ruhmredige Erklärung von Noodt (comm. ad h. t.) finden wir bei Glück (Erl. d. P. §. 458.) und Holzschuher (Theor. u. Cas. I. S. 226. Nr. 15.) wieder; von den guten Gedanken der Glosse (ad v. „restituendum") einen in neuer, allgemeinerer und treffender Fassung bei Sintenis (pract. gem. Civr. §. 36. S. 375). — Hier, bei der i. i. r. zeigte sich mehr als sonstwo das Bedürfniß, genau festzustellen, wie lange die Minderjährigkeit daure l. 3. §. 3. eod. Schon oben (S. 36.) aber haben wir angedeutet, daß durch eine kleine und natürliche Nachgiebigkeit des Rechtes selbst ein Volljähriger noch restitutionsmäßig sein kann. Wegen desjenigen, der in einem Schaltjahre zwischen dem 25. bis 29. Februar geboren ist, oder dessen 26. Geburtstag in denselben Zeitraum eines Schaltjahres fällt, vgl. zu l. 3. §. 3. cit. S. 36. noch l. 98. D. v. s. 50, 16.: Cum bissextum Calendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps Sextum Calendas ejus natalis dies est; nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo, quo anno intercalatum non est, sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet. [Burchardi S. 221. Glück Erl. d. P. §. 457. Sav. Syst. IV.

§. 192 — §. 194]. Nicht zu vergessen, daß unser prior dies den Römern posterior war. — Die venia aetatis endlich macht — ex eo die, quo indulgentia . . in judicio competenti fuerit intimata — den Minderjährigen auch in Ansehung der i. i. r. zum Volljährigen (l. 5. pr. C. temp. i. i. r. 2, 53.); analogerweise jedoch nicht in dem Falle von l. 3. C. de his qui aetatis veniam impetraverunt (2, 45.) vgl. Burch. S. 222 oben.

Das „gestum", zunächst Contract, erweitert sich in der Interpretation (l. 7. pr. — l. 11. §. 2. D. h. t.) zum Geschäft (z. B. l. 7. §. 2. eod.: — si ei pecunia a debitore paterno soluta sit, vel proprio . . . . subveniri quasi gestum sit cum eo — §. 4. §. 5. §. 7. etc.), ja zu Geschehenem: l. 7. pr. cit.: Gestum sic accipimus, qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit — z. B. l. 7. §. 11. eod.: — si non provocavit intra diem — §. 12. item in eremodiciis ei subvenitur — l. 45. pr. eod.: Etiam ei, qui . . usucaptum amisit, restituendam actionem. — Auch diese Ausdehnung des gestum kann zur i. i. r. gegen Handlungen der Vormünder beigetragen haben.

„Uti quaeque res erit" l. 11. §. 3 — l. 16. §. 4. eod. Was 1) die Läsion anlangt, so meinte Justinian: „Melius .. intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere", erweiterte demnach das Gebiet der Fälle, in denen von altersher der Läsion schon durch das Recht vorgebeugt war (vgl. l. 16. pr. §. 1. §. 2. D. h. t.), und stellte einen eigenen Titel auf: in quibus causis i. i. r. necessaria non est (C. 2, 41). Weiter als Justinian ist Savigny gegangen, indem er glaubt, daß schon bei den Römern, nach allgemeiner (?) Einführung der Curatel, das Bedürfniß nach unserer Restitution nicht mehr groß gewesen, daß sie vollends aber für uns entbehrlich sei, da wir einen Vormund bis zur Volljährigkeit, und überdies unsere Obervormundschaft haben; für die Sicherheit der Minderjährigen (d. h. gegen Läsionen) müsse durch Verbesserung des Vormundschaftsrechtes gesorgt werden. Höchstens könnten jene Fälle, in denen der Minderjährige ipso jure unversehrt bleibe, noch etwas vermehrt werden; aber eine eigentliche Restitution sei gewiß nicht mehr am Platze (Syst. VII. S. 148 fg.). Indessen: wenn uns ein Recht gegeben werden

kann, das Läsionen der Minderjährigen (aus Delicten der Vormünder und Obervormünder, — aus eigenem Leichtsinn, wo der Minderjährige mit Consens handelt, und zufolge der Marezoll-Savigny'schen Theorie beim Schuldenmachen) ausschließt, so wollen wir i. i. r. derselben preisgeben; wenn aber nach der fraglichen Gesetzgebung auch nur dann und wann die verbannten Läsionen noch auftauchen sollten — warum keine Heilung, wenn das Uebel seltener ist? Diejenigen Läsionen, welche das Recht ausschließen konnte, hat Justinian getroffen; die noch übrigen können nicht ausgeschlossen werden: es wäre denn, daß man alle vormundschaftlichen, ja obervormundschaftlichen Handlungen, woferne sie schädlich wären, für nichtig erklärte. Wir wollten im Interesse des Rechtssystemes lieber die alte i. i. restitutio, als diese neue Nichtigkeit. Denkt man aber an Klagen gegen Vormund und Obervormund, so muß bemerkt werden, daß das R. Recht diese Klagen hatte, die i. i. r. aber gleichwohl concurriren ließ (s. oben S. 112. Z. 2 fg.). Obervormundschaftliche Sanctionen konnten sie gleichfalls nicht aufhalten (vgl. l. 11. C. praed. 5, 71). — Natürlich muß der M. selbst verletzt sein (l. 23. D. h. t.); es kann aber damnum alienum auf ihn zurückfallen, und also i. i. r. wieder nothwendig werden (l. 24. eod.). Daß hier Verlust und Gewinnentgang gleichgiltig sei, ist bereits oben (S. 112 unten) angemerkt worden; auf Größe des Schadens kommt nur ausnahmsweise an (l. 9. pr. eod. l. 1. C. si adv. pign. 2, 29; l. 49. D. h. t. Donellus a. a. O. cap. IX. §. 12. — §. 16). Um so wichtiger ist jedesmal 2) die gleich eingangs in Betracht gezogene Frage, was am Schaden schuld sei. (Hauptstelle: l. 44. eod.) Da der letzte Grund immer in der Jugend des Geschädigten liegen muß — die bei einem Embryonen gewiß vorhanden ist — kann der Schade noch vor dem Geschädigten ins Leben getreten sein (l. 45. pr. eod.); nur darf er dann nicht noch den Erblasser des letzteren erreicht haben oder für diesen unabwendbar gewesen sein (arg. l. 38. pr. eod.). Unter das „in delictis minoribus non subveniri" (l. 9. §. 2. eod.) ist auch die Rubrik des Codextitels: si minor se majorem dixerit — (2, 43.) zu ziehen; ginge man weiter, und sagte, daß auch in der Postulation der i. i. r. kein Verbrechen, oder doch nichts Unschönes liegen dürfe, so

würde sich auch l. 1. C. si adv. vend. (2, 28.) und dann l. 1. C. si adv. don. (2, 30.) l. 11. C. transact. (2, 4.) Nov. 115. c. 3. §. 13. in fin. von selbst verstehen. 3) Gegen wen restituirt werden will (l. 11. §. 6. — l. 16. pr. D. h. t.) ist nicht gleichgiltig; man denke, daß auch der Beklagte außerordentlichen Schutzes bedürftig (l. 11. §. 6. — l. 13. pr. cit.), oder aber nicht derjenige belangt sei, cum quo gestum est (l. 13. §. 1. — l. 15. cit.).

2) Die zweischneidige Caption aus Abwesenheit führte zu folgendem (nach Savigny a. a. O. S. 165 mitgetheilten) Edicte (l. 1. §. 1. D. ex quibus causis majores 25 annis i. i. restituantur 4, 6.):

a) Si cujus quid de bonis (deminutum erit), cum is metu, aut sine dolo malo rei publicae causa abesset; inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur (vgl. l. 15. §. 3. eod. T);

b) item si quis quid usu suum fecisse, aut, quod non utendo sit amissum consecutus esse, actioneque qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocare non liceret neque defenderetur, aut cum magistratus de ea re appellatus esset sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit;

c) item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, i. i. restituam; quod ejus per leges, plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta principum licebit.

Weiter unten werden wir eine Restitution von Volljährigen auch gegen ihre Handlungen antreffen; hier konnte das Edict, wenn es an der Abwesenheit auch nur gattungs- (analoger) weise festhielt, über Unterlassungen nicht hinauskommen, und kam über sie auch in der That, selbst in der generalis clausula, nicht hinaus — so sehr dies ehedem bestritten war. (Burchardi, a. a. O. S. 192 fg. Sav. a. a. O. S. 167.) vgl. l. 26. §. 9. D. h. t. Aber wie schon angedeutet, nicht nur „ne capiantur (absentes etc.“) sondern auch „ne capiant“ („ne vel obsit, vel prosit quod evenit“) ward edicirt (l. 21. pr. l. 1. pr. eod.); ersteren Zweck verfolgt

ad a) der erste Absatz des Edictes. Die Abwesenheit muß hier Abhaltung, und zwar eine triftige sein, also gewissen Grund haben; eine triftige Abhaltung kann aber auch ohne Abwesenheit sein. Die Interpretatio s. l. 3; l. 4 — l. 8; l. 9. l. 10; l. 11. — l. 13; l. 14 — l. 15. §. 1. eod. Der Verlust wird gesondert: si quid de bonis deminutum erit (z. B. l. 15. §. 2. §. 3. l. 23. §. 2. eod.) — sive actionis dies exiisse dicetur. Noodt (ad h. tit.) wundert sich, quod uterque, et Praetor, et Alexander (l. 2. C. rest. milit. 2, 51.) a bonis separat obligationes, tröstet sich aber, weil es minime insolens est, quae eodem redeunt, a Veteribus separari plenioris intellectus gratia. Savigny denkt an den Gegensatz unmittelbaren und mittelbaren Verlustes (a. a. O. S. 186.), rechnet aber nichtsdestoweniger die Fälle in l. 43. eod. und l. 1. C. quib. ex caus. (2, 54.) zu der bonorum deminutio. [*Si quis stipulatus sit in annos singulos, quoad in Italia esset . . et . . Reipublicae causa abesse coeperit — — Si propter officium Legationis .. absens et indefensus condemnatus es* ..]. Wir aber heben zum zweiten Male hervor, daß nicht alle actiones „res" (patrimonium, bona) sind (s. S. 52 unten), und behaupten, daß unter denen, deren dies exit, nur solche verstanden werden können, die nicht zu der „res" d. i. zu den bona gehören. Der Sinn des Edictes scheint uns also namentlich nicht getroffen, wenn man mit Sav. (S. 186 unten, II.) allen „Verlust eines Klagrechts durch Klagverjährung" unter die zweite Gattung des Verlustes rechnet. Sicherer führt uns Savigny (S. 176 fg.) in einer anderen hier auftauchenden Frage: ob der Abwesende auch indefensus sein müsse, und wer als indefensus gelte (l. 39. D. h. t.; l. 20. pr. D. min. 4, 4. l. 26. §. 9. D. h. t.; l. 28. pr. eod.).

ad b) Hier ist die Abwesenheit Unzugänglichkeit; cum absens non defenderetur natürlich jede. Auch die drei nächstfolgenden Unzugänglichkeiten setzen einen Unvertretenen voraus (l. 22. pr. l. 26. §. 3. eod.), wofür diesmal auch derjenige gelten muß, der vertreten sein konnte (vgl. Sav. §. 328). Der Verlust ist hier von derselben Art, wie oben, nur anders redigirt.

ad c) Dieser Vorbehalt gilt nicht nur für den ersten Satz des Edictes, wie man nach l. 26. §. 9 — l. 28. §. 1. eod. glauben möchte (arg. l. 23. §. 3. l. 22. §. 2. eod.); namentlich

müssen wir die Fälle, wo Quellen verschwinden und Wege überschwemmt werden (l. 34. §. 1. l. 35. D. serv. pr. rust. 8, 3; l. 14. pr. quemadm. serv. 8, 6. l. 1. §. 9. D. itin. 43, 19.) für Unzugänglichkeiten erklären (s. dag. Sav. S. 173. Nr. 8). Während ich dieses schreibe, erhalte ich aus meines lieben Freundes Händen „die Geschichte der Logik im Abendlande"; „so weit „— sagt er — unsere culturgeschichtliche Kunde reicht, (ist) auf „dem Gebiete des Wissens noch nie der höchste und umfassendste „Gedanke — ich sage Gedanke, nicht Vorstellung — zuerst auf„getreten, so daß die begriffliche Gestaltung des übrigen Ein„zelnen erst aus ihm bewußt abgeleitet worden wäre, sondern „der Verwirklichungsprozeß des begrifflichen Denkens schritt zu „jeder Zeit und überall von einem mehr Vereinzelten zu dem „Umfassenden auf, der Art, daß wohl die intensive Kraft bei „dem einzelnen Ausgangspunkte keine andere als die Kraft des „Begriffes überhaupt war, aber der expansive Umfang je nach „Maaßgabe der Voraussetzung stets erst später erreicht wurde." — Bei der ersten Restitution unserer Art, sei es eines Gefangenen oder eines Gesandten, für oder wider ihn, muß wahrlich die Kraft des Begriffes schon da gewesen sein; denn bei der Abfassung des Edictes vermochte nur sie das scheinbar Verschiedene zusammenzustellen, und allein sie schuf das Bewußtsein, das sich in der generalis clausula ausspricht: daß in all den aufgestellten Einzelnheiten das Allgemeine noch nicht erschöpft sei — multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt. Von dieser Kraft des Begriffes war auch die Interpretatio durchdrungen, das Gebiet des Begriffes in allen Richtungen durchschreitend, nirgends überschreitend; gleichwohl suchte, oder fand sie für denselben noch keinen allgemeinen Ausdruck; denn Paulus definirt nur die Fälle der Abhaltung, und von ihnen nur die der Absenz: Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate non ex voluntate afuit: dici oportet, ei subveniendum (l. 26. in fin. eod.); erst die Neueren finden unsere Restitution überall begründet, „wo sich der Verlust eines Rechtes dadurch ereignet, daß der Berechtigte durch ein äußeres Hinderniß abgehalten wird, die Handlungen vorzunehmen, wodurch er den Verlust verhütet haben würde" (Savigny, §. 325. not. q.). Wächter (würt. Privr.

II. §. 125. S. 846.) macht zu dem „äußeren factischen“ Hindernisse den Zusatz: „ohne eigene Schuld“ — bedenklich (cum in vinculis esset!). Allein auch das „äußere“ Hinderniß — an sich schon etwas unbestimmt — ist unzulänglich, da man einstimmig uud quellenmäßig auch ignorantia (l. 7. pr. D. i. i. r. 4, 1. l. 3. §. 31. D. SC. Silan. 29, 5.) als Abhaltungsgründe anerkennt. Uns scheint die Nothwendigkeit der Unterlassung alles zu begreifen, und die deutsche „echte Noth“ ein gutes Wort zu sein. — Ferner hat auch der Schaden Gesetz und Grenze; der aus einer Unterlassung ist aber nur der gewöhnliche, nicht der einzige; nicht als ob wir nun in das Gegentheil übersprängen; allein es gibt ein Etwas im Recht, das, juris und facti zugleich, ohne Handlungen erhalten, also auch nicht erst durch Unterlassung von solchen verloren werden kann (s. oben S. 73. und vgl. l. 23. §. 2. D. h. t.). Im Uebrigen fragt es sich nur, was man durch Unterlassung von Handlungen, und durch Unterlassung von was für Handlungen man etwas verlieren kann; die 30- und mehrjährige Verjährung aber ist ausgenommen l. 3. C. praescr. XXX. ann. (7, 39). — „Quod ejus per leges etc.“ l. 28. §. 2 D. h. t.: Quae clausula non illud pollicetur, restituturum, si leges permittant, sed si leges non prohibeant: z. B. l. 3. C. praescr. XXX. ann. 7, 39, vgl. l. 5. C. in quib. caus. i. i. r. nec. non est (2, 41). Folgendes Gesetz ist nun zwar kein solches Prohibitivgesetz: l. 2. C. ann. exc. ital. contr. toll. et div. temporibus (7, 40.) Justinian: Ut perfectius omnibus consulamus . . . sancimus: si quando . . . . desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere, et non ei licentia sit absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante, et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate eas res usurpare: licentia ei detur adire Praesidem provinciae, vel libellum ei porrigere, et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora, et interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. . . . . Sin autem abfuerit vel Praeses vel Episcopus vel Defensor civitatis; liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum Tabulariorum subscriptione: vel si civitas Tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem

interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta, vel quadraginta annorum sit . . .; allein es entsteht das alte, schwer zu beseitigende Bedenken, ob hiemit nicht die Unzugänglichkeit des Gegners, und also der zweite Satz des Edictes aufgehoben sei; non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis (l. 16. D. h. t.). Allein wahrscheinlich ist l. 2. cit. nicht später als a. 531. erlassen, wornach sich die unveränderte Aufnahme des Edictes in die Pandekten, und §. 5. J. act. (4, 6.) nicht erklären ließe, wenn l. 2. cit. derogatorisch wäre. Es kommt hinzu, daß das s. g. remedium protestationis ex l. 2. de ann. exc. auch auf Fälle geht, die der i. i. r. unzugänglich sind, während andere umgekehrt der i. i. r. ausschließlich vorbehalten scheinen: indem als kürzeste Verjährung in l. 2. cit. die dreijährige vorkommt, daselbst auch nur von Acquisitivverjährung die Rede ist. Aber immerhin bleibt eine Concurrenz der Protestation mit der i. i. r., die besser nicht bestünde (vgl. übrigens Glück §. 470, Burchardi S. 181, Savigny S. 184).

3) Eine sichere Grenze brauchen wir namentlich für die Restitution wegen Irrthums, welche als eine eigene Gattung von Restitutionsfällen durch l. 2. D. i. i. r. (4, 1.) (vgl. Paul. Sent. rec. I. 7. §. 2.) bezeugt wird. Bis auf ein gewisses ergibt sich diese a) durch Ausscheidung derjenigen Fälle, in denen zufolge der generalis clausula schon kraft des vorigen Edictes (Nr. 2.) restituirt werden kann — b) dadurch, daß sie nun nurmehr auf dem Gebiete der Handlungen (nicht der Unterlassungen) Raum findet; daß ferner c) schon aus allgemeinen Gründen da wo der Irrthum vernichtet, also nicht schadet, eine i. i. r. unmöglich ist; und endlich d) auch da nicht restituirt wird, wo ein anderweitiges Rechtsmittel, wie die condictio indebiti, aedilitiae actiones, sich darbietet. Wann nun aber e) innerhalb dieser Grenze restituirt werden könne, ist eine noch nicht völlig erledigte Frage; gelehrt wird, daß die Restitution häufiger im Prozesse vorkomme (l. 1. §. 6. D. quod falso tut. auct. gest. 27, 6. §. 33. J. act. 4, 6; l. 11. §. 8. §. 10. D. interrog. 11, 1; l. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. 2, 8. vgl. l. 13. pr. D. instit. act. 14, 3.), und daß man sich auch außerhalb des Prozesses lediglich an die einzelnen in den Quellen ausdrücklich enthaltenen Fälle zu

halten habe (l. 1. §. 17. D. separat. 42, 6; l. 17. D. his quae ut indign. 34, 9), vgl. Francke, Beiträge zur Erört. rc. S. 84 fg. Savigny §. 331. Wächter a. a. O. §. 125. V. Vang. §. 186. Anm. und bes. Sintenis §. 36. I. S. 380 fg.

4) So bestimmt als irgendwer hatte schon Donellus eine bloße i. i. r. wegen Zwanges von der actio quod metus causa unterschieden (comm. de jur. civ. lib. XXI. cap. V. §. 8.) und ausgeführt (lib. XV. cap. 39. §. 20—§. 22; §. 23). Leicht wird die Dogmengeschichte ältere Spuren dieser Erkenntniß aufdecken (s. z. B. die Notiz bei Schröter, über Wesen und Umfang der i. i. r., Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VI. S. 130. Anm. 1). Allein an Donellus ist kein Andenken bei Burchardi (§. 19.), an Burchardi dann aber auch keines bei Savigny (§. 330). Burchardi's Verdienst ist die Bezeichnung von Fällen, in denen i. i. r. sicherer (l. 21. §. 6. D. quod met. 4, 2; Insolvenz des Beklagten vgl. l. 6. D. de dol. mal. 4, 3.) oder allein (l. 21. §. 5. h. t. 4, 2) zum Ziele führt; er auch hat den Umstand hervorgehoben, der bei gleicher Wirksamkeit des einen und des anderen Rechtsmittels das außerordentliche erwünschter machen kann (S. 362. unten; vgl. l. 9. §. 4. eod.: Volenti autem datur et in rem actio etc.), eine Concurrenz derselben (l. 9. §. 6. eod.) also rechtfertigt. Welches vorher da gewesen sei: das ordentliche (Burchardi), oder das außerordentliche (Savigny), kann uns hier nicht länger beschäftigen; wichtiger für das Verständniß und den Grund dieser Mehrheit von Rechtsmitteln ist die historische Anknüpfung der actio quod metus an die Repetundengesetze (Rudorff, über die Octavianische Formel, Zeitschr. f. g. R. W. XII. 3). Nach dem Gang unserer Quellen (D. h. t. 4, 2.) scheint übrigens viel mehr das Edict über die actio quod metus [l. 14. §. 1. sq. Restitutionsversuche: *Noodt, ad h. tit.* Heineccius, bei Glück, Erl. d. P. §. 444.] dem über die i. i. restitutio [*l. 1. pr. D. h. t.: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*], als umgekehrt dieses dem ersteren beigefügt zu sein. — Eine Restitution zufolge Gewalt und Drohung fanden wir schon oben sub Nr. 3: allein auf anderem Gebiete.

5) Einer i. i. r. wegen dolus wird nicht nur allgemein in l. 1. D. i. i. r. (4, 1.), sondern auch mit speciellcr Anwendung in l. 7. §. 1. eod. l. 33. D. de re jud. (42, 1.) l. 18. D. inter-

rog. (11, 1.) l. 3. §. 1. D. de eo per quem factum (2, 10.); l. 10. C. resc. vend. (4, 44.) (vgl. Burchardi §. 20. Sav. §. 322.) gedacht. Grundsätze aber, nach denen sie ertheilt ist, sind hier schwerer als sonstwo zu finden. Die „Manchen" freilich, welche l. 1. §. 6. D. h. t. (4, 3.) und l. 7. §. 1. D. i. i. r. (4, 1.) so auffaßten, als ob, weil „jeder Betrug eine Restitution begründe" und selbst i. i. r. die actio de dolo ausschließt, im Falle des Betrugs überall nur i. i. r. (nirgends de dolo actio) angewendet werden könne (Sav. S. 203.), waren sehr thöricht. Denn l. 1. §. 6. cit. [— *etiam si quis i. i. r. possit, non debere ei hanc actionem competere* —] enthält ein sicheres Zeugniß, daß wegen dolus entweder ursprünglich oder regelmäßig nicht restituirt, sondern wofern außerordentliche Hilfe nothwendig schien, de dolo geklagt wurde. Aus demselben Grunde aber, aus welchem man actionem de dolo auf's äußerste zurückdrängte, mochte, wenn es zu diesem äußersten gekommen war, mitunter in die mildere i. i. r. abgelenkt werden: — „boni Praetoris est potius restituere litem . . quam actionem famosam constituere" (l. 7. §. 1. cit.). Aber hier und in den meisten der eingangs genannten Fälle haben wir — wie beim Irrthum sub Nr. 3. — i. i. r. im Prozesse; erst später auch eine andere: l. 10. C. cit. (vgl. die nicht durchaus sicheren Fälle bei Burchardi S. 318. Not. 97). Bei diesem Entwicklungsgange sollte die i. i. r. nicht weiter greifen als die actio de dolo, und Wächters Bemerkung, daß die Analogie dessen, was beim Zwange gilt, hier ganz unzulässig sei (a. a. O. §. 125. Nr. IV.), schiene demnach guten Grund zu haben; indessen vgl. l. 3. §. 1. D. de eo, per quem factum (2, 10.); Burchardi §. 20. Sav. §. 332. —

Bezüglich der antiquirten Titel: De capite minutis (D. 4, 5.) — und: De alienatione judicii mutandi causa facta (D. 4, 7.) vgl. Sav. §. 333.

§. 38.

Auf die Person des zunächst und unmittelbar Betroffenen ist die i. i. r. zwar nirgends beschränkt [*l. 6. D. i. i. r. 4, 1; l. 27. D. min. 4, 4; l. 13. pr. eod.; l. 24. pr. eod. l. 20. §. 1. D. tutelae 27, 3. l. 25. D. adm. tut. 26, 7.*]; allein daß insbesondere die Cession dieses Rechtsmittels (l. 24. pr. cit. etc.)

„überall angewendet werden könne, um die Stelle der Singularsuccession in eine Restitution zu vertreten“ (Sav. §. 335. S. 217.) geht wenigstens aus obigen Stellen mit vollkommener Gewißheit nicht hervor. — Auch auf der anderen Seite wird restituirt — nicht blos gegen denjenigen, mit welchem man den Schaden hatte; l. 14. D. min.: — quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit. Was aber den dritten Empfänger anlangt, so zeigt schon diese Stelle, daß er nicht schlechthin belangt werden kann (vgl. l. 13. §. 1. D. min. 4, 4.); bisher hieß es, daß ausnahmsweise „in rem“, sonst „in personam“ (vgl. Paul. R. S. I. 7. §. 4.) restituirt werde. Neuerdings hat man nach einer tieferen Begründung gesucht, und diese in dem Unterschied der zu restituirenden Rechte gefunden; nur für einen kleinen Kreis von Fällen läßt man noch die alte Regel gelten (Puchta, Pand. und Vorl. §. 106. Sav. §. 343). — Gegen Eltern kann man keine Restitution verlangen (l. 2. C. qui et adv. quos i. i. r. non possunt 2, 42.); indessen mit Ausnahmen, und zwar selbst abgesehen von der unglossirten Novelle 155. c. 1. mit wahren Ausnahmen: l. 3. §. 6. D. min. l. 2. C. si adv. rem jud. (2, 27.) (s. dag. Sav. S. 225).

§. 39.

Der Restitutionsproceß erforderte

a) dem Wesen der i. i. r. entsprechend bis zuletzt (l. 3. C. ubi et apud quem cognitio i. i. r. agitanda sit 2, 47.) doch immer noch eine höhere Gerichtsbarkeit (vgl. l. 18. pr. D. min. 4, 4. l. 26. §. 1. D. ad munic. 50, 1.) — heute freilich nicht mehr. Dagegen galt schon bei den Römern über die Competenz nichts Besonderes.

b) Das Verfahren ist für die classische Zeit gekennzeichnet durch die Worte: Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione (l. 24. §. ult. D. min.). Ganz anders verhielt es sich bei den beiden vorhergehenden Edicten: quod metus und de dolo. Ex hoc Edicto — und das gilt nicht blos von dem de minoribus — ward durch die magistratische Gewalt nicht blos vorbereitet, sondern alles gethan; nach allgemein nothwendiger causae cogni-

tio (l. 3. D. i. i. r. 4, 1.) decretirt und damit i. i. restituirt. Dieses Decret (z. B. l. 29. §. 2. D. min.) ist bald jussum: eine Weisung, daß und wie die beiden Parteien gebend und nehmend, versprechend oder erlassend den vorigen Stand zu bewirken haben (z. B. l. 24. §. 4. D. min. l. 39. pr. D. evict. 21, 2.); ein Weiteres liegt zwischen ihr und dem Vollzug nicht inmitten; — bald ist es ein dare actionem, exceptionem, appellationem (vgl. Burch. S. 441. Anm. 31.), und enthält auch so eine i. i. r., indem durch diese Rechtsmittel rescindirt, restituirt werden soll, was durch Liberationen, Usucapionen, Nonusus (l. 18. C. postlim. 8, 51.) oder sonst wie gelöst, gebunden, erworben oder verloren wurde [*„rescissoria s. restitutoria actio“ „resc. s. restit. judicium“ l. 28. §. 5. D. ex quibus caus. 4, 6; l. 24. C. rei vind. 3, 32; l. 3. §. 1. D. de eo perquem factum 2, 10; l. 46. §. 3. D. proc. 3, 3. etc.*] In letzterem Falle liegt zwischen dem Decret und der endlichen Restitution ein Prozeß inmitten, den der Prätor aus seiner Hand gibt; die Klage aber, die er gewährt, ist keine propria actio, wie z. B. die actio quod metus, sondern diejenige Klage, welche der Beliehene hätte, wenn die Caption nicht eingetreten wäre, [jetzt freilich nur *utiliter* verliehen z. B. *l. 18. C. cit. l. 7. §. 10. l. 25. pr. D. min.* Burchardi, S. 441. Anm. 32.] — wenn also z. B. die Usucapion nicht eingetreten wäre, und wenn Kläger abgesehen von der Usucapion auch Eigenthümer gewesen wäre. Mit gutem Rechte nennt also Burchardi (S. 441.) diese zweite Restitutionsart eine eventuelle Restitution; warum sie neben der ersteren vorkomme, erklärt sich nach obigem von selbst, ist von Burchardi trefflich erörtert (S. 439 fg.), nichtsdestoweniger nachmals da und dort übersehen worden. — —

Soweit die Klagen, denen heute noch keine Rechte entsprechen (§. 25); andere s. bei Keller, Civpr. §. 81.

Klagenconcurrenz.

§. 40.

Verkehrt ist es, wenn man (Sav. Syst. V. §. 230. Puchta P. §. 87. Arndts, P. §. 105. Sintenis, das pract. gem. Civr. I. §. 30. B. Vangerow, Leitf. §. 153.) die Klagenconcurrenz unter die Aufhebung der Klagen stellt, — eine Vielfältigkeit des Daseins von Klagen unter ihren Untergang. Man scheint an die Concurrenz von Gewerbsleuten zu denken, von denen allerdings

Einer den Anderen zu verdrängen und zu verderben trachtet. Wenn aber von den mehreren Klagen durch die Wahl, oder Anstellung, oder Durchsetzung der einen die anderen erlöschen, — was jedoch bei der Klagenconcurrenz, und zwar bei der echten, nicht einmal wesentlich ist — so zeigt sich darin keine gegenseitige Aufhebung, sondern nur ein gewisses, bald näher, bald ferner gestecktes Ziel der Concurrenz, und die verworfenen Kategorieen einer electiven, privativen, cumulativen Concurrenz (wie sie sich z. B. noch bei Mühlenbruch, P. §. 140. finden) scheinen uns immer noch mehr Recht auf Duldung zu haben, als die neuere Vorstellung, daß gerade da, wo die Concurrenz am vollkommensten (cumulativ) ist, keine Concurrenz, und umgekehrt da, wo die Concurrenz am wenigsten aushält (elective C.), die vollkommenste Concurrenz sei (Sav. a. a. O. S. 216).

Uebrigens verwerfen auch wir, in der Klagenconcurrenz eine gewisse Reichhaltigkeit von Klagen festhaltend, die s. g. „successive" Klagenconcurrenz (vgl. Savigny a. a. O. §. 231. S. 211. unten), weil in dieser vielmehr eine Noth des Rechtes aus Mangel an Einer Klage, als ein Ueberfluß an mehreren hervortritt (z. B. l. 23. §. 5. D. r. v. 6, 1; l. 1. §. 1. D. fam. herc. 10, 2; l. 18. D. exc. 44, 1. Sav. a. a. O. S. 212. not. i. — m.); — ferner aber läugnen wir das Dasein einer echten Klagenconcurrenz, wo den mehreren Klagen mehrere Personen, Schuldner oder Gläubiger, entsprechen, sei es auch daß ihrer Haftung oder Forderung Eine Verletzung oder una eademque obligatio zu Grunde liegt (solidarische, correale Obligation); denn überall hier ist vielmehr eine Concurrenz von Personen (Gläubigern, Schuldnern), oder gar von Verpflichtungen (solidarischen) als von Klagen (s. dagegen Sav. §. 232. S. 216 fg.). Erst wenn zwischen denselben Personen, in einem und demselben Klagfall, (Contract, Verletzung oder Delict), mehrere Klagen zutreffen, concurriren die Klagen; sei es nun cumulativ oder nicht. Es concurriren hier aber nicht überhaupt mehrere, sondern mehrerlei Klagen: 1) entweder unwillkürlich, indem der Klagfall zufällig die Voraussetzungen verschiedener Klagen enthält; oder 2) willkürlich, indem das Recht absichtlich den schon vorhandenen Klagen noch andere beifügt. Beispiele ad 1: legis Aquiliae actio und Contractsklage l. 7. §. 8. l. 18. D. ad leg. Aq. 9, 2. etc.; legis Aq. actio und in rem actio

l. 13. l. 14. D. r. v. 6, 1. l. 36. §. 2. D. her. pet. 5, 3; wogegen wir in Fällen wie l. 27. pr. D. ad leg. Aq. mehrerlei Verletzungen und also keine echte K. C. erblicken; darum selbst in den Worten der l. 5. §. 1. eod. nicht: — interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliae et injuriarum: sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae; — condictio und Contractsklage l. 11. §. 5. D. act. emt. et vend. 19, 1; l. 13. §. 1. D. dep. 16, 3. l. 5. D. tut. et rat. 27, 8; condictio und Delictsklage l. 17. §. 2. D. act. rer. amot. 25, 2. l. 5. §. 1. D. calumn. 3, 6; — verschiedene Delictsklagen l. 14. §. 13. D. quod met. 4, 2; — Interdicts- und Contractsklage l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. prec. 43, 26; verschiedene Interdicte l. 7. §. 2. D. quod vi aut clam 43, 24; — Contractsklagen und Quasicontractsklagen l. 5. D. tut. et rat. (27, 3.) vgl. oben die condictio; — verschiedene Quasicontractsklagen l. 4. §. 5. D. quod cum eo 14, 5; — Quasicontractsklagen und dingliche l. 84. §. 13. D. leg. I. — — Beispiele ad 2: §. 14. J. act. 4, 6. l. 7. §. 1. D. cond. furt. 13, 1; — l. 1. §. 21. D. tut. et rat. 27, 3. Glück §. 1365 a.; — l. 38. pr. etc. D. aedilit. Ed. 21, 1. l. 25. §. 1. D. exc. rei jud. 44, 2.

Von practischer Wichtigkeit ist sowohl bei der einen als bei der anderen Art von K. C. zunächst der Umstand, daß man sich verschiedener Klagen bedienen kann; dann aber die Frage, wie weit. Und natürlich ist in letzterer Beziehung der Grund der K. C. von Einfluß. Unmöglich kann die Concurrenz, wo sie zufällig ist, cumulativ sein; vom Unrecht gegen den Beklagten abgesehen tritt hier, weil überall eadem res in Frage steht, exceptio rei judicatae nicht nur einer mehrmaligen Perception, sondern schon der mehrmaligen Einklagung in den Weg (l. 43. §. 1. D. r. j. quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. l. 5. D. exc. rei jud. 44, 2: De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur . . eum demum de re non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur. Ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de ea re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit: videtur de ea re agere l. 28. §. 4. D. jur. jur. 12, 2. l. 27. §. 11. D. ad leg. Aq. (9, 2.) l. 14. §. 13. D. quod met.

(4, 2.) l. 25. §. 1. D. exc. rei jud. 44, 2). Wofern freilich die eine Klage mehr bietet als die andere, ist nicht mehr völlig eadem res, also auch exceptio rei judicatae nicht schlechthin hinderlich (l. 41. §. 1. D. o. et a. 44, 7. z. B. l. 43. l. 47. pro soc. 17, 2. l. 2. §. 3. D. priv. del. 47, 1. l. 7. §. 1. D. commod. 13, 6). Wo die Concurrenz freie That des Rechtes ist, hat es, je nach deren Zwecken, auch Maß und Ziel gesetzt (vgl. die oben citirten Stellen; in Betreff der actio tut. und de rat. distr. Glück a. a. O. §. 1365 b. Nr. 2).

Von den Exceptionen.

§. 39.

Ursprünglich wohl immer „eine Ausnahme von dem Befehle, bei richtig befundener actio zu condemniren, zu Gunsten des Beklagten hinzugefügt“ (Keller, Civilpr. §. 34.), sind die Exceptionen doch nicht überall solche Ausnahmen geblieben; man betrachte nur die Definition des Paulus: l. 22. pr. D. h. t. (44, 1). Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. Daß auch die von Ulpian so ausschreitend sei (Keller, a. a. O. §. 36. S. 150. Anm. 400.), möchten wir bezweifeln: l. 2. pr. eod.: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae interponi actioni cujusque rei solet ad cludendum id: quod in intentionem condemnationemve deductum est. Wenn nun aber Bedingungen, welche zu bloßer minutio condemnationis führten, gleichfalls Exceptionen genannt wurden, so fehlt doch noch viel, daß Exceptionen, welche — um Ulpians Ausdruck zu gebrauchen — exclusiv wirkten, allenfalls auch die schwächere Wirkung haben konnten: wie Dernburg annimmt, der selbst die exceptio doli, und zwar in der von Gajus IV. 119. mitgetheilten Fassung, in eine minutio condemnationis ableitet. (Dernb. die Compensation nach R. R. 1854, besonders §. 22. S. 234). Wir bemerken schon hier, daß zwar Minderungen der Condemnation neben einer exceptio doli platzgreifen können, niemals aber durch sie. — Die exceptio mußte „hinzugefügt“, d. i. ausdrücklich in die Formel gesetzt werden, deswegen, weil sie von „richtig befundener“ actio (überhaupt Klage) zu befreien hatte; gegen eine unrichtige konnte man sich ipso jure, nicht erst ope exceptionis vertheidigen (z. B. l. 12.

§. 2. D. j. d. 23, 3). Da die richtig befundene actio Richtigkeit der intentio, mithin irgend eines oportere, ejus esse etc. voraussetzt, stehen wir vor der merkwürdigen Erscheinung von Defensionen, welche trotzdem daß ein klägerisches Recht existirt, platzgreifen [Exceptionen, *exceptionis defensio*, vgl. *l. 56. D. cond. ind. 12, 6.*], nicht darum, weil es nicht existirt [negative Litiscontestation; Einreden].

Verfolgen wir das der Exceptio gegenüberstehende klägerische Recht, so möchten doch Fälle zu finden sein, in denen seine Existenz lediglich diese prozessualische Bedeutung hatte, daß ihm ope exceptionis vorgebeugt werden mußte, — also keine den ordo jud. priv. überdauernde practische Bedeutung (vgl. Kierulff, Theor. des gem. Civr. S. 184. Nr. 3). Dieser Behauptung steht entgegen die Ansicht derer, daß jedes blos exceptionsmäßige Recht eine wesenhafte Existenz habe: darin daß es nicht schon durch die Exceptionsmäßigkeit selbst, sondern erst durch den Gebrauch der Exception unwirksam werde, durch Verzicht also exceptionsfrei und vollkommen werden könne (Wächter, w. Privr. II. §. 69. S. 508 fg. und die Anm. 26. Agff.). Unlöslich hängt diese Ansicht zusammen mit einer modernen Auffassung der Exceptionen selbst, wornach letztere „Bestreitung eines Rechtes durch ein entgegenstehendes Recht" sein sollen (Sav. Syst. V. §. 225. Puchta, P. §. 93. Arndts P. §. 101). Allein nur ein Theil der Exceptionen hat diesen Charakter [z. B. *l. 17. D. Publ. 6, 2; l. 6. §. 9. D. comm. div. 10, 3; l. 1. §. 4. D. superf. 43, 18.*]; auf sie bezieht sich die Regel: Cui damus actiones, eidem et exceptiones competere multo magis quis dixerit. So wenig Jedem, der eine exceptio hat, eine actio zusteht, so wenig Jedem ein Recht. Viele Exceptionen haben ihren Grund lediglich in der Schlechtigkeit des klägerischen Rechts. So ist z. B. ein Recht, das der exceptio doli praeteriti zu Grunde läge, nicht zu entdecken; es wäre denn das Recht zu excipiren, zu defendiren. Auf dieses gemeine Defensionsrecht kann man (durch Nichtgebrauch) verzichten; allein auch einem nichtigen Anspruch gegenüber. — Anderseits aber mußte auch der Versuch, auf logischem Wege zu beweisen, daß „der Begriff der Einrede und der exceptio ein rein prozessualischer und lediglich formaler Natur sei" (O. v. Völderndorff,

Zeitschr. f. Civilr. u. P. N. F. XI. S. 298.), so sinnreich er war, fehlschlagen; denn in sehr vielen Fällen steht der Exceptio heute noch nicht nur dem Namen, sondern practischer Wirksamkeit nach ein Recht gegenüber: was obenhin schon aus den Unterschieden der exceptiones personae und rei cohaerentes (z. B. l. 7. D. h. t. l. 2. §. 2. D. doli exc. 44, 4.), der temporales und perpetuae s. peremtoriae (§. 9. §. 10. J. except. l. 2. §. 4. l. 3. D. h. t.) erhellt. Außer Person und Zeit kann die Exceptio auch noch von der Fortdauer sonstiger Umstände abhängen [z. B. *l. 4. §. 4. D. exc. doli 44, 4* — die alte *exc. doli* behufs Comp. rc.].

Bei richtig befundener Actio soll die Ausnahme gemacht werden; die Exceptio ist eine Ausnahme von der Actio, d. h. von der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes, also zunächst vom Klagrecht. Wir haben in der exceptio ein Hemmniß des Klagrechts. Je mehr also ein Recht blos Klagrecht ist, desto vollständiger muß es von der exceptio ergriffen werden. So kommt es, daß derjenige nicht mehr als creditor interpretirt wird, qui exceptione perpetua summoveri potest (l. 42. §. 1. D. oblig. 44, 7. l. 55. D. v. s. 50, 16.), und umgekehrt derjenige aufhört Schuldner zu sein, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem (l. 66. D. r. j. 50, 17.); sowie daß exceptionshalber nicht blos actio (l. 24. D. mandat. 17, 1.), sondern auch obligatio und stipulatio „inanis" sein kann (l. 8. §. 9. D. ad SC. Vellej. 16, 1. l. 95. §. 2. D. solut. 46, 3. l. 39. D. donat. i. vir. et ux. 24, 1.), während ähnliche Redensarten in Beziehung auf dingliche Rechte nicht vorkommen. Auf Forderungen bezieht sich denn ohne Zweifel auch l. 112. D. r. j.: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur — eine Regel, welche offenbar auf die materiellrechtliche Seite der actio, also auf das Klagrecht gerichtet ist, ja wahrscheinlich unter actio die Forderung überhaupt verstanden haben will, und insbesondere in der indebiti condictio (l. 40. pr. D. cond. ind. 12, 6.) Compensation (l. 14. D. comp. 16, 2.) und im constitutum debiti (l. 3. §. 1. D. pec. const. 13, 5.) ihre Anwendung findet. Deswegen weil die exceptio mitunter naturalem obligationem übrig läßt (z. B. l. 10. D. SC. Maced. 14, 6.) erleidet sie keine Aus-

nahme (s. dag. Kierulff, a. a. O. S. 185. not. †††); eine nat. oblig. kann vorkommen, auch wo es ipso jure an der Forderung fehlt (z. B. l. 2. §. 2. D. cap. min. 4, 5). Hingegen scheint l. 27. §. 2. D. pact. (2, 14.) eine wahre Ausnahme zu enthalten: — si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo „ut agere possit“ agere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est [vgl. *l. 17. §. 1. eod.: quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti* — und *l. 27. §. 2. eod.* wo es bezüglich derjenigen *pacta*, welche *ope exceptionis* wirken, heißt: *prius pactum per posterius elidetur* — dazu Scheurl, Beitr. II. 1. Nr. 14. S. 19. fg.], während folgende Erscheinung mit dem Unterschiede von ipso jure und ope exceptionis wohl nichts zu thun hat, und demnach keine Ausnahme von obiger Regel bildet: Aliquando evenit, ut inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur: nam si . . . mulier, quae pro Titio intereesserat, eidem heres extiterit, incipit obligatio civilis propter hereditatem ejus, qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere (l. 95. §. 2. D. solut. 46, 3).

Forderungen also sind es, welche, von einer (peremtorischen, nicht blos persönlichen) exceptio betroffen, regelmäßig ebenso bedeutungslos sind, als ob sie ipso jure unstatthaft oder aufgehoben wären. Wenn der Römer hier dennoch von einem Dasein der actio und des Rechtes sprach, so mochte das ein Tribut sein, den er dem Alter und Ansehen des jus zollte, aus welchem unvordenklich die actio entsprungen war — gegenüber den leges, Senatusconsulta, der jurisdictio, denen die Exceptionen, die meisten verhältnißmäßig spät, ihren Ursprung verdankten. Es entsteht die Frage, ob auch wir diesen Tribut reichen, -- oder ein Recht, das nicht wirklich und wirksam ein Recht ist, als solches gar nicht anerkennen, und blos diejenigen Defensionen noch Exceptionen nennen sollen, denen ein wahres und wirkliches, kein blos nominelles Recht gegenübersteht? —

Eine contraria exceptio und quasi exceptionis exceptio ist die Replicatio (l. 22. §. 1. D. exc. 44, 1.), ja: replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt etc. (l. 2. §. 1. eod.). So stark hier aber auch die Gleich-

heit beider, der exceptio und replicatio, betont wird, und so gewiß sie prozessualisch lediglich durch die Parteistellung verschieden werden (a parte actoris veniunt): so wenig muß sich auch das materiell-rechtliche Verhältniß der exceptio zu der actio zwischen der replicatio und der exceptio wiederholen. Wären die Exceptionen, wie man will, überall auf Rechte des Beklagten gegründet, so hätte man wenigstens die Möglichkeit zu denken, daß das „Gegenrecht" (der Exception) jure da, ope replicationis aber gelähmt oder lähmbar sei. Nun aber entspricht nicht allen Exceptionen ein Recht des Beklagten, und selbst hier hat die replicatio keineswegs immer diese Bedeutung. Betrachten wir einige der uns von Keller (Civpr. S. 157 fg.) gebotenen Fälle: z. B. einer rei vindicatio mit der exceptio: „extra quam si ea res N° N° ususfructus nomine tradita est" — und der replicatio: „aut si A° A° ususfructus nomine satisdatum non est." Hier ist wirklich durch die Replik ein Recht des Beklagten gehemmt, gerade so wie ohne die Replik das Klagrecht durch die exceptio gehemmt wäre. Wenn dagegen excipirt wurde: „extra quam si mandatu A' A' ea res N° N° vendita et tradita est" und replicirt: „aut si A• A• mandavit, ne traderetur antequam pretium solveretur", so ward dem Beklagten das behauptete Gegenrecht gar nicht zugestanden; die replicatio war keine exceptio, sondern eine Einrede wider die exceptio. In allen Fällen, wo der exceptio des Beklagten kein Recht zu Grunde lag, konnte die replicatio — materiellrechtlich betrachtet — nichts anderes sein als eine bloße Einrede gegen die exceptio — z. B.: Quod N• N• negotia Titii dementis, cui heres A• est, gessit, q. d. r. a., quicquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet ex fide bona, ejus N^m A°, si ea res inter N^m N^m et Sempronium, Titii curatorem, judicata non est, aut si is qui egit, satis ex decreto non dedit . . . condemna, s. n. p. a. (Keller, a. a. O. §. 37. a. E.).

Inwieferne die Duplicationen ꝛc. materiellrechtlich die Bedeutung von Exceptionen oder blos von Einreden haben, erhellt nach obigem von selbst.

Hatte nun aber nicht selbst die exceptio zuweilen materiellrechtlich die bloße Bedeutung einer Einrede? (vgl. Völderndorff, a. a. O. S. 296. 298.).

§. 40.

Grund zu Exceptionen fanden die Römer 1) überall wo ihnen die Verurtheilung justa, aber iniqua schien (Gaj. IV. 116. pr. J. h. t. 4, 13), so bei dolosem Gebrauch des Rechts — ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit. l. 1. §. 1. D. de doli mali et metus exceptione (44, 4). In ihrer Fassung (Gaj. IV. 119) blieb man nicht bei dem dolus praeteritus stehen: Si in ea re nihil dolo malo A. A. factum sit (l. 2. pr. §. 1. D. h. t.), sondern fügte den praesens bei: neque fiat. Ersterer fällt mit demjenigen zusammen, aus welchem de dolo actio entspringt (l. 2. pr. cit.) und ist in b. f. judiciis immer von selbst ausgenommen [*doli exceptio b. f. judiciis inest l. 21. D. sol. matr. 24, 3. l. 84.* §. 5. *D. leg. I. Vat. Fr.* §. 94.] Der dolus letzterer Art ist von dem ersteren wirklich der Art nach verschieden, ein geflissentliches Klagen, wo man nicht klagen sollte: — inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose: nisi si talis sit ignorantia in eo ut dolo careat (l. 2. §. 5. h. t.), und die s. g. exc. doli praesentis also allerdings generalis in dem Sinne von l. 2. §. 5. cit.: — generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: quia dolo facit, quicunque id quod quaqua exceptione doli elidi potest, petit. Nam etsi inter initia etc. Allein deswegen fehlt es ihr nicht an einem Gebiet von Fällen, auf welchem sie ausschließlich herrscht. Freilich wird dieses kaum anders, als durch den selbst schwer zu begrenzenden und mannigfaltigen Begriff der iniquitas zu begrenzen sein; wir bilden nur wenige Gruppen derselben: Gaj. IV. 116. veluti si — defendi debere. l. 2. §. 3. l. 4. §. 1. D. h. t.; l. 2. §. 6. §. 7. l. 4. §. 4. §. 7. eod.; l. 4. pr. eod. cf. l. 32. D. mand. 17, 1; l. 4. §. 2. h. t. cf. l. 21. §. 9. D. rec. (4, 8) l. 4. §. 3. h. t.; l. 4. §. 4. cf. l. 5. pr. D. auct. et cons. (26, 8); l. 4. §. 5. h. t. cf. l. 48. §. 4. D. aedil. act.; (21, 1); l. 4. §. 10. §. 11. §. 12. h. t. l. 34. §. 1. D. auro arg. leg. 34, 2; l. 4. §. 8. h. t. ist dadurch bemerkenswerth, daß in factum und doli exceptio zur Unterscheidung kommen. Besonderer Hervorhebung aber bedarf l. 4. §. 9. eod. als ein Fall des s. g., unten zugleich mit der Compensation zu behandelnden, Retentionsrechtes. Vergl. l. 27. §. 5. l. 48. D. r. v. (6, 1). —

Wie die exc. doli (praesentis) anstatt der in factum exceptiones fungiren kann, so tritt umgekehrt auch die exc. doli manchmal in Gestalt einer in factum exceptio auf, z. B. exc. rei venditae et traditae: D. h. t. (21, 3). l. 4. §. 32. h. t. (44, 4) l. 72. D. r. v. (6, 1); — auch die exceptio pacti conventi muß man hieherzählen. Gaj. IV. 116. §. 3. J. h. t. l. 2. §. 4 — §. 6. D. h. t. 44, 4: — sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilominus poterit: dolo enim facere eum qui contra pactum petit, negari non potest; und alle Exceptionen aus Rechten des Beklagten (s. oben §. 39).

In Betreff der Personen s. l. 2. §. 1. §. 2. l. 4. §. 33; l. 4. §. 17 — §. 32. D. h. t.; die exc. doli als Replik, z. B. l. 4. §. 14. eod. l. 35. D. pact. (2, 14.); auch gegen eine exc. doli? §. 13. D. h. t.

2) in Zwecken des jus singulare: D. de Senatusconsulto Macedoniano (14, 6) D., ad Senatusconsultum Velleianum (16, 1); —

3) ob rem judicatam l. 6. D. h. t. (44, 2) und auch sonst zu gemeinem Nutzen, den dann aber meist leges und Senatusconsulta wahrzunehmen hatten, z. B. Fragm. Vat. §. 310. vergl. l. 3. D. exc. 44, 1. Wegen ihres allgemeineren Vorkommens handeln wir hier schon insbesondere

1) von der exceptio pacti conventi.

§. 41.

Das formlose Wort, woferne es nur nicht gegen Gesetz und Sitte ging, (l. 7. §. 7. D. pactis 2, 14.) sollte wo nicht Ansprüche begründen, so doch überall von ihnen befreien können (l. 7. pr. §. 1. §. 5. eod.); in der Regel jedoch nur ope exceptionis. Eine besonders verbreitete Spezies der pacta ist darum das de non petendo (l. 7. §. 7. sqq.), dessen ursprünglicher Standort noch in l. 17. §. 1. l. 27. §. 3. eod. — nämlich da zu erkennen ist, wo es ipso jure wirkte. Von da dehnte es sich — jedoch nur mit exceptioneller Wirkung — über alle Actionen, namentlich auch über die in rem aus (l. 27. §. 8. eod.), wornach von selbst erhellt, daß es mit dem Schulderlaß nicht identificirt werden darf. Insoferne es über in rem actiones, oder blos in personam (l. 7. §. 8. eod.), oder nur auf Zeit („ne interim

petatur“ l. 2. §. 4. D. exc. dol. 44, 4) abgeschloßen ist, bewirkt es auch heutzutage nicht mehr und nicht minder als eine exceptio; ob es aber Forderungen gegenüber, in rem und auf immer abgeschlossen, nach heutigem Rechte nicht überall ipso jure befreit, also wie Zahlung eine Einrede erzeugt, das mag bezweifelt werden: deswegen weil, wie wir schon oben (§. 39) sahen, überall wo das pactum nur ope exc. wirkt, die Forderung nicht schlechthin vertilgt ist, sondern durch ein nachfolgendes pactum de petendo wiederauflebt. Allein wir werden heutzutage wohl nicht im Stande sein, das pactum d. n. p. unseres Falles von einem Schulderlasse zu unterscheiden, und ein Schulderlaß wäre kein solcher, so lange von der Schuld etwas übrig bliebe. Wieder eine Species der exceptio pacti conventi ist

§. 42.

die exceptio rei transactae (l. 3. §. 2. l. 16. l. 17. D. de transactionibus 2, 15) und heißt denn mitunter auch exc. pacti conventi (l. 17. C. eod. 2, 4). Also steht die Transaction auf dem weiteren Boden der conventio des pactum conventum [*l. 1.* §. 3. *D. pact.* 2, *14. l. 2. l. 9.* §. 3. *l. 15. l. 16. D. h. t.* 2, *15. l. 31. C. h. t.* 2, *4. l. 4. C. Greg. h. t.*], wenn ihr gleich „pactio“ „pactum“ „pacisci“ ein andermal entgegengesetzt wird (l. 1. D. l. 1. l. 40. l. 41. C. h. t.) Natürlich nimmt dann auch „pactum“ etc. eine engere Bedeutung an, hauptsächlich die von l. 7. §. 7. sqq. D. pactis. Die transactio selbst aber, dem Worte nach vielleicht eine „Umwandlung“ (vergl. Puchta P. §. 294), wahrscheinlicher ein finis, decisio, deswegen aber noch keine Novation (Mühlenbruch P. §. 477. not. 7. vergl. Risch, die Lehre vom Vergleiche, 1855. §. 4. Anm. 1. §. 20. Anm. 11) — kommt in einem engeren, weiteren, und weitesten Sinne vor.

Im engeren Sinne wird transigirt quasi de re dubia et lite incerta neque finita l. 1. D. h. t. Unzweifelhaft ist der Begriff der „lis incerta:“ l. 12. C. h. t.: Praeses provinciae examinabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit, an ambitiose id, quod indubitate deberi posset, remissum sit: nam priore casu ratam manere transactionem jubebit: posteriore vero casu nocere civitati gratiam non sinet. Ueber eine res judicata ist darnach ein

Vergleich je nach Umständen bald möglich, bald unmöglich. Möglich: l. 11. D. h. t. Post rem judicatam, etiamsi provocatio non est interposita,· tamen si negetur judicatum esse (natürlich unter Umständen wo) vel ignorari potest, an judicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. l. 23. §. 1. D. cond. ind. (12, 6): — Quid ergo, si appellatum, vel hoc ipsum incertum sit, an judicatum sit, an sententia valeat? Magis est, ut transactio vires habeat. Vergl. l. 32. C. h. t. — si causa cognita prolata sententia appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, frustra super judicato transigi, non est opinionis incertae. In allen anderen Fällen ist nur ein lächerlicher Streit möglich, transactio unmöglich, siehe noch: Paul. R. S. I. 1. §. 5. l. 23. §. 1. cit.: Si post rem judicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius momenti esse; und besonders den Gegensatz in l. 4. C. Greg. h. t. 2, 11. Praeses provinciae aestimabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae ordinem facta sit, an de re judicata, quia de re judicata pacisci (siehe jedoch Paul. R. S. cit.) nemo potest. Vergl. l. 12. C. h. t. cit. Darüber was es mit dem Schlußsatze von l. 32. C. h. t. cit.: Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit — für eine Bewandtniß hat, welch eine falsche Unterscheidung auf ihn gebaut wurde, und über den Vergleich nach entschiedener Sache überhaupt siehe Risch a. a. O. §. 11. Was über den Vergleich nach rechtskräftig entschiedener Sache, behauptet derselbe (a. a. O. S. 91. fg.) richtig auch für den Vergleich nach verglichener oder sonst wie beigelegter Sache; wir beziehen darauf die Worte „neque finitam" arg.: l. 16. C. h. t.: Causas vel lites transactionibus finitas —; l. 2. D. jurej. (12, 2). Jusjurandum speciem transactionis continet — l. 11. C. reb. cred. (4, 1) — nullo modo revocare juramentum — ne .. finis negotii alterius causae fiat exordium; — l. 1. D. rec. qui arb. (4, 8): Compromissum .. ad finiendas lites pertinet. Vergl. l. 5. C. rec. arb.: (2,56); l. 4. C. pact. (2, 3) .. postquam liti . . renuntiasti, causam finitam instaurari posse, nulla ratio

permittit. Aus l. 23. §. 3. D. cond. ind. (12, 6) läßt sich diese unsere Annahme nicht widerlegen. (Risch a. a. O. S. 91.) Was aber l. 6. D. h. t. anlangt: De his controversiis quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti — so fragt es sich allerdings, nicht was Gajus, (l. 1. D. test. quemadm. aper. 29, 3), sondern was die Compilatoren gewollt haben, indem sie l. 1. cit. in unseren Titel aufnahmen; und da ein Erbschaftsstreit vor der Testamentseröffnung nicht minder lächerlich sein kann, als post rem judicatam (Donellus, Comm. ad C. h. t. l. 32), so war die Versetzung jener Stelle keine „geistlose Gesetzgeberarbeit" (Risch a. a. O. §. 14. S. 125). Daß übrigens l. 3. §. 1. D. h. t. für diese Frage nicht gebraucht werden könne, hat Risch durch eine neue Interpretation dargethan. (S. 116. Anm. 2.). — Natürlich genügt auch ein außergerichtlicher Streit zum Vergleiche, der ja „propter timorem litis" eingegangen zu werden pflegt; allein daß ein Vergleich möglich sei etsi nulla fuisset quaestio (l. 2. C. h. t.), bedeutet wohl keinen „außergerichtlichen Streit" (Risch a. a. O. §. 10. S. 65. Anm. 3), sondern wahrscheinlich einen an und für sich grundlosen, wie die Worte „licet res nulla media fuerit" in l. 65. §. 1. D. cond. (12, 6). — Daß Unkenntniß oder irgend ein Irrthum über die Sachlage, z. B. „in Betreff dessen, was von den Transigenten als gewiß vorausgesetzt worden war" (Puchta a. a. O. not. h.) den Vergleich anfechtbar mache — eine Meinung, die von Puchta nur schärfer gefaßt (vgl. Hellfeld und Glück, C. Bd. V. §. 348. S. 18 fg.), aber immer noch weit genug ist, um die Kraft des Vergleiches zu lähmen, hat weder l. 3. §. 1. l. 12. D. l. 42. C. h. t., noch gar l. 36. D. fam. herc. (10, 2.), (Glück a. a. O. not. 47.), aus der, wie Risch bereits ahnt, (S. 163. Anm. 10.) das Gegentheil erhellt, — unseres Erachtens überhaupt nichts für sich, so beliebt auch diese Ansicht geworden ist. Was sonst die Quellen über den Irrthum im Vergleiche bieten, ist entgegen. l. 6. C. juris et f. ign. (1, 18.) l. 19. l. 29. C. h. t. l. 65. §. 1. D. cond. ind. (12, 6.), namentlich auch der Schlußsatz in letzter Stelle: Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur cf. l. 19. l. 22. C. h. t. Nur l. 42. C. h. t. wäre für jene Ansicht, wenn sie verallgemeinert werden

dürfte: Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis jusjurandum de his interpositum sit etiam civiliter falso revelato, eas retractari praecipimus . . . nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur, (vgl. Risch a. a. O. §. 18. §. 26. und daselbst die Göß'sche Unterscheidung eines error über das caput controversum und non controversum).

Dem also beschaffenen Streite gegenüber nun ist der Vergleich finis litis, decisio, (l. 1. D. l. 7. l. 16. C. h. t.) und zwar zunächst ein Streitabstand; ist also wie dem Namen, so seinem Wesen nach ein pacisci, pactum de non petendo; freilich nicht blos dieses, sondern nothwendig etwas mehr. Indem er wahren Streit voraussetzt, kann er nicht wie jenes Schenkung sein: l. 1. D. h. t.: — qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit; vgl. Paul. R. S. I. 1. §. 5. l. 12. C. l. 4. C. Greg. h. t. citt. — ist es auch nicht, wenn Ein Theil, zähe, von Schenkung spricht (Risch, S. 136. Anhang, besonders Anm. 6. u. 11.); allein auch dadurch, daß er nicht Schenkung ist, ist er noch nicht Vergleich; ein Streitabstand mit völligem Nachlaß ist keine Schenkung, aber auch kein Vergleich: „Wer will hadern um ein Schwein, der nehme eine Wurst und lasse es sein"; wenigstens so viel muß man bekommen oder behalten: l. 38. C. h. t.: Transactio nullo dato vel retento vel promisso minime procedit. cf. l. 21. eod.: „dato" ist „nehmen"; aber so verschiedenartig als dieses überhaupt sein kann. Auf diesem Punkte spielt der Vergleich in alle möglichen Geschäfte und Rechte hinüber. Beim Vergleich über eine Forderung konnte sich der römische Gläubiger mit einer bloßen Anerkennung der Hälfte rc. nicht leicht genügen lassen (vergl. l. 6. C. h. t.), der Schuldner dagegen eine Aquiliana stip. verlangen, aber auch nicht l. 2. l. 4. l. 5. D. h. t. Beim Streit um ein Grundstück braucht man nicht gerade von diesem zu bekommen (z. B. l. 9. l. 33. l. 28. C. h. t.) und nicht gerade Geld oder Sachen rc. So können die Wirkungen des Vergleiches je nach Art der Ausgleichung verschieden ausfallen; unwandelbar aber ist die eingangs genannte, auf dem pactum beruhende, und der Streiterneuerung begegnende (l. 16. C. h. t.), also der exceptio rei judicatae ähnliche (l. 20.

C. h. t.) exceptio rei transactae. Zur Erhärtung der eben gedachten Verwandtschaft finden wir aber l. 27. §. 4. D. pact. 2, 14: — Ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat (Risch §. 21). Erst von diesem Gesichtspunkte aus sieht man Stellen wie l. 27. §. 8. eod. l. 9. §. 3. l. 12. D. l. 29. C. h. t. und l. 17. D. h. t. im rechten Lichte an, und besonders von ihm aus muß die ganze l. 3. D. h. t. interpretirt werden. Zu Executionen aus dem Vergleiche hat es das R. Recht nicht gebracht (s. dag. Cod. jud. bav. c. 17. §. 1. Nr. 9.); Pönalstipulationen konnten die Sicherheit der Erfüllung verstärken (l. 37. C. h. t.), waren aber auch gegen Vergleichsbruch in Uebung. l. 15. l. 16. D. h. t.

„Res dubia“ scheint von der lis incerta nur das incertum (wie diese von jener blos das dubium — s. l. 12. C. h. t. cit.) zu haben, also keinen Streit mehr zu enthalten. Eine solche liegt vor in dem Vergleich der l. 11. C. h. t.: De fideicommisso a patre inter te et fratrem tuum vicissim dato „si alter vestrum sine liberis excesserit vita“ interposita transactio rata est. — Dagegen kann man das Object einer Erbschafts- oder sonstigen Theilung (Risch S. 66. Anm. 4.) keine res dubia nennen, und es ist mindestens nicht sicher, daß Modestinus (l. 35. D. pact. 2, 14.) bloßen divisio die Transaction erblicke; nicht blos „divisisse in der dixerunt“ sondern auch „nihil sibi commune remansisse caverunt.“ In l. 36. D. fam. herc. 10, 2. in fin. steht die transactio der bloßen divisio entgegen.

Hingegen ist nicht zu verkennen, daß der Vergleich selbst die Grenzen der res dubia überschreitet: im Alimentenvergleich. Denn wenn auch Alimente immer etwas Ungewisses haben (l. 8. §. 10. D. h. t. in fin.), so wird dieses durch den Vergleich nicht immer gehoben arg. l. 8. §. 6. eod. Hier also kann der Vergleich in blos umwandelnder, unzielsetzlicher Thätigleit erscheinen. Das ist der weiteste Begriff des Vergleichs. (Umwandelnde und zielsetzliche Thätigkeit: litis incertae — rei dubiae transactio; blos umwandelnde Th.).

Daß in der oratio D. Marci: „ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta“ blos „relicta“ alimenta gemeint waren (l. 8. pr. eod.), hat doch wohl ein greif-

bareres Motiv, als Risch (§. 13.) annimmt. Wann aber jene auctoritas überflüssig, wann sie, in Betreff der causa und des modus transactionis, sowie der persona transigentium gegründet sei, s. überhaupt l. 8. cit.

§. 43.

Nicht selbst pactio, aber ex pactione war den Römern, — wenn wir die Rubrik des einschlägigen Digestentitels weder mit den Lateinern, noch mit den Griechen (Glück, XII. §. 789. S. 179 fg.), sondern mit Savigny S. VII. §. 313. a. E. (vgl. Puchta P. §. 295.) deuten — sowohl das juramentum voluntarium, als das necessarium l. 1. D. de jurejurando sive voluntario, sive judiciali (12, 2.), sofort das eine wie das andere eine species transactionis (l. 2. eod.), — eine blos zielsetzliche Transaction — und gewichtiger noch als res judicata (l. 2. cit. Böcking, Inst. §. 106. not. 59). Zu der exceptio, welche aus dem geschworenen, oder remittirten (l. 6. eod.) Eide für den reus entsprang, kam hier noch eine actio für den anderen Theil, „in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere („fundum suum esse“ etc.), welche bei dem jur. necessarium auch wegen Recusation, natürlich in anderer Fassung, platzgriff (l. 3. pr. l. 7. — l. 9. pr. — §. 2. l. 13. §. 1. §. 2. l. 34. §. 6. D. h. t.). Darüber, wie das juramentum necessarium nach Untergang des ordo judiciorum privatorum im juramentum judiciale aufging, und wie es, einst vornehmer als res judicata l. 2. eod. (Böcking Inst. §. 106. not. 59.), nunmehr bei den Beweismitteln steht, s. Savigny, a. a. O. §. 313. §. 314. Bayer, Vorl. S. 378 fg. Das juramentum voluntarium aber verwirft Savigny (§. 314.) ganz und gar, worauf man, wir wissen nicht, ob absichtlich, mit Stillschweigen geantwortet hat (Arndts P. §. 115. Nr. 1. Seuffert, Pract. Pr. §. 379. Böcking, Inst. §. 106. V. 1). Ausführlicher war Glück, der (a. a. O. §. 798 b.) sich für fortdauernde Giltigkeit entscheidet (vgl. Sintenis §. 107. S. 487). Verwehren, wie das Preuß. Landrecht, kann man einen solchen Eid nicht, und ihm darnach Wirksamkeit versagen, ist darum, weil ein Eid vorliegt, dann darum, weil die Parteien doch die Macht hatten, sich zu vergleichen, schwer. Freilich ist man bei uns lieber dabei, selber

zu schwören, als schwören zu lassen, womit wir nicht sagen wollen, daß dies aus Mangel an Bescheidenheit herrührt. l. 25. §. 1. D. pec. const. (13, 5).

Daraus, daß dieser Eid ex pactione ist, erhellt schon, daß si reus juravit, nemine ei jj. deferente, Praetor id jj. non tuebitur; sibi enim juravit; alioquin facillimus quisque ad jj. decurrens, nemine sibi deferente jj., oneribus actionum se liberabit (l. 3. pr. D. h. t.); — daraus daß er transactionis species ist: daß er — anders als unsere heutigen gerichtlichen Eide, von denen jedoch Bayer (a. a. O.) zum Theil dasselbe behauptet — nicht minder auf Rechte, als auf Thatsachen geht (s. oben die Intentionen der aus ihm entspringenden actio); — daß ferner dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit, remissa quaestione an debeatur etc. (l. 5. §. 2. eod.); — sowie daß jusjurandum alteri neque prodest, neque nocet (l. 3. §. 3. eod.), freilich mit den üblichen Erweiterungen: l. 7. l. 8. l. 9. §. 6. §. 7. l. 10. l. 28. §. 1. §. 3. l. ult. eod.); — und daß es ex omnibus visionibus deferirt werden kann (l. 25. §. 3. D. prob. 22, 3.), aber mit den Schranken, denen es, weil ex pactione, unterliegen muß (vgl. Glück §. 799. S. 268 fg.). Inwiefern es über der res judicata steht, s. außer Böcking a. a. O. Savigny a. a. O. S. 66; den Grund aber, warum, dürfen wir doch wohl anders denken, als Savigny, — wie die Naturalobligationen, von denen hier keine übrig bleibt (l. 40. D. h. t.).

§. 44.

Im Compromisse, von welchem wir das Receptum und das Arbitrium (Laudum) wohl sondern müssen, unterscheidet das classische Recht eine 1) res compromissa (l. 32. §. 17. §. 15. D. rec. 4, 8.) und je nach deren Umfang ein „plenum compromissum“ („de rebus omnibus controversiisve“) oder minder „volles“ (l. 21. §. 6. l. 43. l. 46. cf. l. 11. §. 2. l. 13. §. 1. eod.); — 2) einen consensus in arbitrum (compromittere in arbitrum: „ut arbitratu ejus res terminetur“), der auf Einen oder Mehrere (l. 17. §. 4. §. 6. l. 32. §. 13. eod.) geht, die rechten Leute (l. 3. §. 3 — l. 11. pr.) und einige Formalien im Auge behalten (l. 17. §. 3. §. 4.), einen dies compromissi dagegen (l. 13. §. 3. l. 21.

§. 5. §. 8. eod.) nicht nothwendig mitbestimmen muß (l. 14. eod.); — 3) pecunia compromissa, welche certa, poena, nummaria, promissa sein kann, nicht muß (l. 11. §. 2. §. 3. l. 27. §. 6. l. 28. eod.) Aber auch dann, wenn es alle diese Stücke in sich vereinigt, ist noch kein „vollkommenes" (wiederum plenum) C. da: l. 31. in fin. eod. — Pecunia compromissa war so nothwendig als irgend einer der beiden anderen Punkte. Denn auffallenderweise entsprang aus dem Compromisse nicht einmal eine exceptio: l. 2. D. l. 1. C. h. t. (2, 56). Um so bemerkenswerther ist es, daß Justinian in l. 5. pr. C. eod. gerade diejenige exceptio, welche man erwartet hätte, als eine vorhandene, voraussetzt. Durch letzteren ist die Nothwendigkeit einer pecunia compromissa zu klagbarer Verwirklichung des Spruches unter gewissen Voraussetzungen (l. 4. C. h. t. wo bei §. 5. die Authentica nicht zu übersehen, l. 5. C. eod.), durch unsere Freigebigkeit mit Klagen aber überhaupt weggefallen. Wenn diese Klage (in factum actio) aber nichts als ein Executionsanrufen ist (s. Rudorff zu Puchta P. §. 296. not. c.), so hat das Compromiß einen bei uns gar nicht (bei Justinian nicht gar nicht) verdienten Vorzug vor dem Vergleiche errungen.

Damit der Schiedsspruch Klage und Exceptio erzeuge, muß er in Ordnung (l. 19. pr. — l. 20. pr.), indessen ebensowenig gerecht als richtig sein (l. 27. §. 2. D. cf. l. 1. C. h. t.).

2) Exceptio rei judicatae.

§. 45.

Nicht einmal ex pactione ist res judicata und die darauf beruhende exceptio rei judicatae: „Si ea res judicata non sit inter me et te", (l. 9. §. 2. D. exc. r. jud. 44, 2.), wenn es gleich vorkommt, daß das judicium mit einem Contracte verglichen, ja selbst als ein solcher behandelt wird (l. 3. §. 11. D. pecul. 15, 1). — Hauptfall unserer exceptio ist der, daß ein unterlegener Kläger noch einmal klagen möchte; ihren Grund oder Gedanken spricht die alte Regel: „bis de eadem re ne sit actio" (Quinctil. inst. VII. 6, 1.) aus; ihre Motive l. 6. D. h. t.: Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat diffi-

cultatem: maxime si diversa pronunciarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est. [Ueber diese letzten Worte vgl. Sav. Syst. VI. §. 280. not. e.]. Vor Alters ward diese Regel nicht erst in Gestalt von Exceptionen wirksam: Gaj. IV. 108: Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea re postea ipso jure agi non poterat; — und wenigstens durch die ganze classische Zeit herab nicht erst im Augenblicke des Urtheils; schon mit dem der Litiscontestation war „actum“ (Gaj. III, 180. 181. vgl. IV. 103—108.), so daß in den Fällen, wo nach der LC. nicht schon ipso jure nicht mehr von neuem geklagt werden konnte (§. 106. §. 107 cit.), nicht blos eine exceptio rei judicatae, sondern — sofort nach der LC. auch eine exceptio rei in judicium deductae möglich war. — Bei der ersten Aufstellung der Regel dachte man vielleicht blos an den Fall, da der Kläger abermals klagte; indessen lautete doch schon der Buchstabe derselben nicht etwa: „ne bis eadem sit actio“ —; sondern „bis de eadem re ne sit actio“, so daß unter anderem die exc. rei judicatae auch gegen einen im ersten Prozesse unterlegenen Beklagten platzgreifen mochte — vorausgesetzt nur, daß eadem res vorlag.

Dies sind die Grundzüge, nach denen die Lehre von der exceptio rei judicatae seit E. J. Bekkers Untersuchungen [die prozessualische Consumtion im classischen R. R. 1853] sich gestalten zu sollen scheint. Sie liegt noch im Kampf [vgl. Helmolt, in der Münchner krit. Ueberschau, III. 1. S. 105 fg.] mit der namentlich durch Keller [Litiscontestation und Urtheil nach class. R. R. 1827] begründeten, zur Zeit vielleicht noch herrschenden Lehre.

Während man nämlich früher die exceptio rei judicatae den Pandekten gemäß für sich, ohne Rücksicht auf jene verwandten, damals wenigstens noch nicht genauer bekannten Wirkungen der LC. behandelte, sie auch viel mehr auf die formelle Wahrheit der res judicata [*„quia res judicata pro veritate accipitur“ l. 25. D. stat. hom. 1, 5. l. 207. D. r. j.*], also vielmehr auf einen Widerspruch der neuen Klage mit dem Inhalt des vorhandenen Urtheils, als auf den allerdings einfacheren und näherliegenden, deswegen aber keineswegs „trivialen“ (Helmolt, a. a. O.) Satz zurückführte, daß Ein für Alle Mal

genug sei: — geht Keller von der durch Gajus aufgehellten Litiscontestation aus und kommt, so wie zu neuen Wörtern auch zu neuen Sachen; namentlich zu dem „glänzenden Verdienst" (Savigny a. a. O. S. 280.) der Unterscheidung einer negativen und positiven Funktion der exc. rei judicatae. Man möchte denken, daß diese zweierlei Funktionen jenen beiden Sätzen entsprechen sollten: die negative der Regel „bis de eadem re ne sit actio" und die positive dem Satz, daß res judicata pro veritate accipitur; indessen ist dies nur bezüglich der positiven Funktion genau so der Fall (Keller a. a. O. §. 28.); die negative Funktion hat eine viel zusammengesetztere, schwerer zu begreifende Grundlage bekommen. Die „wesentliche und allgemeine Wirkung der LC." erblickt nämlich Keller (§. 8.) darin, daß „dadurch die actio in judicium deducirt und consumirt" wird, d. h. daß „eine actio, welche ein Mal bis zur LC. verfolgt ist, nachher nicht wieder mit Erfolg angestellt werden kann." Diese Zerstörung der einmal angestellten Klage (sog. prozessualische Consumtion) sei, woferne sie nicht ipso jure eintrete, durch eine exceptio rei in jud. deductae — und wenn der Prozeß bis zum Urtheil gediehen, durch eine exc. rei judicatae geltend gemacht worden; soweit erscheine also die exc. r. j. „als Organ der rein negativen, zerstörenden Wirkung des durchgeführten Prozesses, d. h. der Consumtion der actio" (negative Funktion der exc. r. j. — S. 222). Worin Keller den Grund dieser Consumtion selber finde, scheint nicht so sicher gesagt werden zu können; einmal identificirt er die „Wirkung" der LC., also die Consumtion, mit der novatio necessaria (a. a. O. §. 9. Civilpr. §. 60. vgl. Gaj. III. 180. 181.); ein andermal scheint es, als ob er in dieser Novation (wie beiläufig auch Savigny a. a. O. §. 258) den Grund der Consumtion erblicke (a. a. O. §. 12.; s. jedoch §. 14. S. 127); viel wichtiger für uns aber ist das sichere Ergebniß, daß die exceptio rei jud. in der vorher angegebenen sog. negativen Funktion keinesfalls einfach auf die Regel „bis de eadem re ne sit actio", sondern auf die Litiscontestation und die sich daran anknüpfende Klagenconsumtion als auf ihre wenigstens nächste Grundlage zurückgeführt wird. Denn gerade aus dieser Grundlegung ist die Scheidung der Einen exceptio in die zwei Funktionen entsprungen. Wenn z. B. der in der

rei vindicatio unterlegene Beklagte restituirte, nun aber gegen den vormaligen Kläger selbst vindicirte, lag in dieser letzteren Klage keine schon ehedem in jud. deducirte, mithin keine consumirte Klage vor (vgl. Keller, Litisc. S. 223., Civpr. §. 62. S. 306); und doch greift exceptio rei judicatae platz (l. 30. §. 1 D. h. t.) — eine exceptio rei jud. ohne parallele exc. rei injud. deductae, ohne Consumtion. Hier ward denn, wie Keller sagte, eine neue Funktion derselben exceptio, in der That aber eine exceptio von neuer Grundlage aufgestellt. Savigny gab zu dieser Lehre dann den historischen Schlüssel, indem er eine ältere Periode aufstellt, in welcher es lediglich eine exc. r. jud. in negativer Funktion gegeben; die Wahrnehmung ihrer Mängel habe dann „zum Nachdenken „über das wahre Bedürfniß und zu dem klaren Bewußtsein ge„führt, daß es eigentlich darauf, und nur darauf ankomme, „jeder richterlichen Entscheidung ihre unzweifelhafte Wirksamkeit „für alle Zukunft zu sichern. . . Dieses geschah, indem man „sie (die exc. r. j.) nicht mehr wie bisher auf das bloße Dasein „des Urtheils gründete, sondern auf den Inhalt desselben. . ." In beiden Gestalten (mit positiver und mit negativer Funktion) habe die exc. rei jud. dann während des ganzen Zeitalters der classischen Juristen fortgedauert; später aber sei die Klagenconsumtion, und mit ihr die exc. r. jud. in negativer Funktion gänzlich verschwunden (Sav. a. a. O. §. 281. §. 282). Man sieht, daß auch Savigny von der Klagenconsumtion ausgeht, wie Keller; zu bemerken ist nur, daß er hart darneben (s. S. 267 unten und S. 268 oben) bemerkt: „Der Rechtssatz, „welcher dieser Einrede in der älteren Zeit zum Grunde lag, „läßt sich in folgender Formel ausdrücken: „„Eine einmal ab„„geurtheilte Klage kann nie von Neuem vorgebracht werden"" — eine Formel, die nichts anderes ist als eine freilich nicht buchstäbliche Wiederholung der Regel: Bis de eadem re ne sit actio: So hat Savigny bereits die Bekker'sche Grundlage für seine älteste exceptio rei judicatae, zugleich aber die Keller'sche.

Die Keller'sche Grundlage nun aber scheint uns vor allem in Widerspruch zu stehen mit dem gemeinen Wesen der Exceptionen. Zwar ist, wenn Keller die exceptio rei in jud. ded. und die exceptio rei jud. als „Organ" der proz. Consumtion bezeichnet, nicht so leicht zu sagen, was unter „Organ" zu denken

sei, ein Eindruck aber, dessen der Leser über der Keller'schen Darstellung sich kaum erwehrt, ist der, daß die Consumtion schon vor der exceptio da, daß jene der Grund, und diese die Folge sei. Ein solches Verhältniß der Consumtion zur exc. rei in jud. ded. etc. stünde in Widerspruch mit dem Wesen der Exceptionen, welches überall keine consumirte, d. i. zerstörte, sondern eine von Rechtswegen bestehende actio voraussetzt (vgl. Gaj. IV. §. 107). Ist es überhaupt richtig, daß Keller die proz. Consumtion vor unseren Exceptionen denkt, so läßt sich unschwer der Ursprung dieser Auffassung entdecken. Denn wiewohl wir uns, wie schon oben bemerkt, auch über den Grund, auf den Keller die Consumtion selbst zurückführt, nicht gewiß zu sein trauen, so scheint doch so viel angenommen werden zu dürfen, daß er ihn im Prozesse findet („Wirkungen des durchgeführten Prozesses, d. h. Consumtion der Actio"); es wird dem Prozesse als solchem eine consumirende Kraft zugedacht, eine Kraft, die bei Keller noch mehr geheim bleibt, bei Savigny aber zu voller Explication kommt (Syst. VI. §. 258). Ist durch den früheren Prozeß in dieser Weise bereits consumirt, so liegt es nahe, die Exceptionen des späteren Prozesses auf eine vorausgegangene Consumtion zurückzuführen. Wie bemerkt, widerspricht aber diese Auffassung dem Wesen der Exceptionen. Wo die prozessualische Consumtion mit unseren Exceptionen in Verbindung tritt, ist sie nur in und mit diesen Exceptionen da: darin bestehend, daß eine actio, über deren Betreff bereits prozessirt worden, mittelst jener Exceptionen wirkungslos ist. Unsere Exceptionen sind Bestandtheile der prozessualischen Consumtion, sollen zu ihrer Verwirklichung mithelfen, können also unmöglich auf dieselbe als auf ihren tieferen Grund zurückgeführt werden. — Bei den Versuchen, die proz. Consumtion aus dem Inneren des Prozesses abzuleiten, hat man Wirkungen (Novationen, — Quasicontracte) für Ursachen genommen (vgl. Bekker, a. a. O. S. 19.) und zu unbekannten Größen (Stipulationen) gegriffen; ihnen ist, so viel wir sehen, durch Bekker ein Ziel gesetzt, der — was man bei seinem Stil nicht glauben sollte — der ganzen Lehre ihre einfache, natürliche Unterlage zurückgegeben hat. Die proz. Consumtion setzt zwar einen Prozeß voraus (was ihren Namen entschuldigt), der aber die zerstörenden Elemente mit

nichten selber und in sich enthält. Allerdings kann, wenn einmal prozessirt ist, nicht abermals prozessirt werden; den Grund aber braucht man nicht darin zu suchen, „daß einmal prozessirt ist"; er kann ja auch darin liegen, „daß nicht abermals prozessirt werden soll." Ein Verbot der Prozeßwiederholung, in Sitte oder im Gesetze niedergelegt (vgl. Bekker §. 4.), kann ja doch wohl an und für sich als Grund einer proz. Consumtion gedacht werden; es ist dann nicht eine Eigenthümlichkeit des Prozesses, welche zerstört, sondern die nackte Thatsache, daß einmal prozessirt ist, in Verbindung mit dem Satze, daß öfter nicht prozessirt werden darf. Es ist weiterhin an und für sich denkbar, daß nachher, nachdem einmal prozessirt ist, entweder ipso jure oder ope exceptionis nicht mehr geklagt werden darf (— postea ipso jure de eadem re agi non potest —; ipso jure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est etc. Gaj. IV. 107.); sollte uns der Grund dieses Unterschiedes auch nimmermehr lebendig werden, so ist doch klar, daß dieselbe Regel wie die stärkere so die schwächere Folge haben konnte. Da nun jenes Verbot in der Regel bis de eadem re ne sit actio vielfach bezeugt und mit der proz. Consumtion in Verbindung gebracht ist, theils unmittelbar, theils in Andeutungen [z. B. *Gaj. IV. 98. 108. l. 5. D. h. t. 44, 2. etc.* vgl. Bekker §. 3.], wozu noch eine weitere Begründung? Als Gegenstand der prozessualischen Consumtion denkt Keller immer nur eine Actio; die schon oben hervorgehobene Folge ist die Schöpfung einer exceptio rei judicatae mit positiver Funktion. Wenn nun der Grund, auf den wir die prozessualische Consumtion zurückführen, gleich dahin lautete: ne bis eadem sit actio, so dürfte man der extensiven Interpretation doch wohl auch hier einigen Spielraum gestatten, und die Regel selbst in denjenigen Fällen wirken lassen, wo zwar nicht dieselbe Actio, aber dieselbe Sache schon einmal in Streit befangen war. Nun aber ist die Regel selbst schon dahin gefaßt, daß nicht dieselbe Actio, sondern nur dieselbe Sache bereits anhängig gewesen sein muß. So sind unsere Exceptionen auch exceptiones rei (nicht actionis) in jud. deductae, judicatae. Wenn der in der Reivindication dem A condemnirte B restituirt, und dann gegen A klagt, so ist — wie sich noch näher erweisen wird — bis de eadem

re actio, ohne daß eadem actio ist. Da dieser Regel sich alle Fälle der exc. rei jud. unterordnen, schwindet der Anlaß zu einer Trennung ihrer Funktionen; überall hat auch diese exceptio nur das Eine Geschäft: zu bewirken bis de eadem re ne sit actio. Zum Beweise aber, daß die exc. rei judicatae auch nach Röm. Auffassung in allen Fällen einen und denselben Sinn und überall jene Regel bis de eadem re etc. zur Grundlage hatte, dient vor allem der Name exc. rei judicatae, d. h. die Exceptio, daß schon einmal geurtheilt sei, — dient ferner die oben (S. 144 unten) gedruckte l. 6. D. h. t. Savigny (a. a. O. S. 275.) macht aus den zwei Motiven unserer Regel und der exc. rei jud. „zwei Gestalten" derselben, und baut hierauf die Behauptung, daß exc. rei jud. in negativer und positiver Function die ganze classische Zeit hindurch neben einander bestanden. Zum Beweise dienen aber endlich insbesondere diejenigen Quellenstellen, aus denen man die positive Funktion unserer Exceptio beweisen will: l. 40. §. 2. D. procur. (3, 3.) l. 15. l. 19. l. 30. §. 1. D. h. t. (vgl. Keller, Litisc. S. 222. Anm. 3. S. 224—229). Betrachten wir z. B. l. 15. D. cit.: Si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego; nihil vetat, et me a te et invicem te a me hereditatem petere. Quod si post rem judicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra; si meam esse, nocebit tibi rei jud. exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua. Thesis ist, daß „Dir" die exceptio rei jud. schadet; zu beweisen war, daß in demjenigen Betreff (res), in welchem „Du" klagen willst, schon ein Urtheil ergangen ist; dieser Beweis wird geführt durch die Behauptung, daß das Urtheil (pronuntiatio) zu Gunsten meiner hereditas zugleich ein Urtheil gegen die Deinige enthalte. Keller dagegen (S. 225.) findet den Grund für die Statthaftigkeit in dem Umstande, daß „die Klage des B. dem gefällten Urtheil widerspricht" — ein Umstand, der zwar an sich richtig, aber erstens in der Stelle selbst nicht erwähnt ist, und zweitens nicht begründet, was zu begründen ist: daß res judicata und

also exc. rei judicatae statthaft sei. Uebrigens vergleiche man namentlich den Schlußsatz in l. 40. §. 2. cit.: — exceptione rei jud. summoveretur — nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse — und den Grund in l. 30. §. 1. cit.: — quoniam de ejus quoque jure quaesitum (und dann natürlich auch pronuntiatum, judicatum) videtur.

Nach dem Bisherigen wird es keinen Zweifel haben, daß wir auch heute noch eine (richtig verstandene) prozessualische Consumtion haben. So gewiß wir heute noch eine exc. rei jud. haben; so gewiß alle und jede exc. rei jud. auf dem Satze beruht, daß über dieselbe Sache nicht öfter geklagt werden solle; und so gewiß die proz. Consumtion nichts ist, als eine Verwirklichung dieses Satzes, unter anderem vermittelst exc. rei jud.: so gewiß gibt es auch heute noch eine proz. Consumtion. In der alten Ausdehnung haben wir sie freilich nicht mehr; noch im späteren römischen Rechte mußte nicht nur die sog. directe (ipso jure eintretende) Consumtion verschwinden: unsere Quellen wissen selbst von einer exc. rei in jud. deductae nichts mehr (vgl. Sav. a. a. O. S. 278 unten und fg.). Wenn man trotzdem, besonders seit Wächters Erörterungen (3. Heft; XIII. Erörterung), so ziemlich allgemein (vgl. Bekker S. 10 unten) annimmt, daß es heutzutage überhaupt keine proz. Consumtion mehr gebe; so beruht dies theils auf den unerwiesenen Annahmen, daß es eine exc. rei jud. mit positiver Funktion gebe, und daß diese zuletzt im R. Rechte allein übrig geblieben sei; theils auf jenen Vorstellungen über proz. Cons., die man — sei es nun mit Recht oder Unrecht — aus Keller geschöpft hat: als beruhe sie auf eigenthümlichen Kräften des Prozesses, insbesondere der Litiscontestation (vgl. z. B. Wächter, XII. Erört.) — eine Quelle der Consumtion, die freilich nicht nur nicht mehr besteht, sondern niemals bestanden hat (vgl. Bekker, S. 11. fg.). —

§. 46.

Die Exceptionsformel: At si ea res judicata non sit inter me et te (l. 9. §. 2 11. §. 3. D. h. t.) mußte wie im einzelnen Falle, so allgemein zu der Untersuchung führen, ob und wann eadem res vorliege. Die darnach aufgestellte Regel und ihre verschiedenen Fassungen s. in l. 3. l. 7. §. 1. §. 4. l. 12. — l. 14. l. 27. D.

h. t. Nach den mehreren Fassungen wenigstens gehört in den Begriff der eadem res selbst mit das Erforderniß der

eaedem personae (vgl. l. 22. eod.: personarum mutatio aliam atque aliam rem facit) — eine Identität, die wir übrigens nicht buchstäblich nehmen dürfen: so daß das „inter me et te" wohl auch Abänderung erlitt, z. B. „inter te et venditorem meum" (l. 11. §. 3. eod.). Dagegen wäre die Abänderung in „inter me et eum, cui vendidisti" nicht angegangen; denn a) diese erste hier angeregte Erweiterung der eaedem personae beruht auf Succession, so daß dann Julianus begreiflicherweise schrieb: — exceptionem r. j. a persona auctoris ad emtorem transire solere: retro autem ab emtore ad auctorem reverti non debere. Weitere Anwendungen: l. 10. l. 11. §. 3. §. 9. §. 10. l. 29. §. 1. D. h. t. l. 3. D. pign. (20, 1). — b) Eine andere Ausdehnung mußte die Stellvertretung im Prozeß verursachen, indem eine solche — als unmittelbare Stellvertretung — nicht denkbar ist, es entstünde denn aus Klage und Vertheidigung des Stellvertreters gegen und für den Prinzipal eine exc. r. jud. Inwieferne dies nach classischem und späterem R. R. der Fall war, s. Gaj. IV. 97—99; Vat. Fr. §. 317. §. 331. §. 333. l. 11. §. 7. D. h. t. Dazu Keller, Litisc. §. 38 — 42. Bethm. Holweg, Versuche, Nr. III. Bekker, a. a. O. §. 12. §. 13. Das Unvollkommene in der unmittelbaren proz. Stellvertretung des röm. Rechtes (dominium litis des Stellvertreters) ist in der deutschen Praxis der Hauptsache nach weggefallen (vgl. Wetzel, System des ord. Civpr. 1. Abtheil. 1854, S. 46. Bayer, Vortr. 8. Aufl. §. 118.) — c) Eine Ausdehnung wird ferner in den Fällen nothwendig, wo bei Einer Obligation mehrere Gläubiger oder Schuldner sind; die charakteristische Seite dieser Einheit liegt gerade darin, daß Einer für Alle klagt und vertheidigt: l. 21. §. 4. D. h. t.: Si pro servo meo fidejusseris et mecum de peculio actum sit: si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicata. l. 42. §. 3. D. jurej. (12, 2); arg. l. 2. D. duob. reis (45, 2): — petitione . . unius tota solvitur obligatio. l. 5. D. fidej. (46, 1): — ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur — l. 31. §. 1. D. novat. (46,2) — unum judicium petentem totam rem in litem deducere (cf. l. 4. D. h. t.: Rei judicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in judicium dedu-

cere solent). Von einer Abschwächung aber, die diese Einheit durch l. 28. C. fidej. (8, 41.) Justinian. erfahren hat, wird noch einmal bei den Correalobligationen die Rede sein. — Innerlich schließen sich diese Fälle eng an die vorigen, sub b., an; aber auch zwischen dem Schuldner und seinem defensionspflichtigen Vertreter in den sog. adj. qualitatis actiones gilt Personeneinheit: l. 1. §. 24. D. exerc. act. (14, 1). Nicht viel ferner liegen d) die Fälle, in denen „praescriptio (!?) rei quamvis inter alios judicatae" denjenigen trifft, der geflissentlich Andere klagen ließ, wo vor Anderen er selbst klagen konnte: l. 63. D. re jud. 42, 1. — — Allverbreitet ist die Ansicht, daß in gewissen Status-Sachen von dem Erforderniße der eadem persona mehr oder weniger Umgang genommen worden sei. Es heißt nun z. B. in l. 25. D. stat. (1, 5.) wohl: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur; allein von einer exc. rei jud. ist hier wie in anderen Stellen und Fällen (l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. D. agnosc. lib. (25, 3.) ebensowenig die Rede wie von Klagenconsumtion. Freilich glaubt man sie stillschweigend zu haben, schon um der positiven Funktion willen, in welcher unsere Exceptio, neben der in diesen Stellen betonten „formellen Wahrheit" des Urtheils, jedenfalls fungiren würde (vgl. Sav. a. a. O. S. 274. 275). — Eine besondere, die streitenden Partheien überschreitende Kraft hat das Urtheil auch in gewissen Erbrechtsklagen: l. 17. §. 1. D. inoff. (5, 2); l. 50. §. 1. D. leg. I. l. 3. pr. D. pign. (20, 1.) l. 14. pr. D. appell. (49, 1); allein daß dieselbe von einer exc. rei jud. zu verstehen sei, (Sav. a. a. O. S. 474 fg.) bedarf auch hier erst noch des Beweises. — So weit die persönliche Seite der eadem res; was aber die

sachliche anlangt, wird es leichter sein, zu sagen, was eadem res sei, wenn feststeht, was res sei. Was ist also das Ding, das in judicium deducirt und geurtheilt wird? Mit Bekker (§. 6. S. 46.) müssen wir sagen: „nichts anderes als der Anspruch, den mittels der Klage Kläger wider den Beklagten verfolgt"; nur dürfen wir demselben Schriftsteller nicht folgen, wenn er den Anspruch des Klägers als etwas vom Rechte des Klägers Verschiedenes denkt, und also den dinglichen und Forderungs-Rechten gegenüber im Anspruche ein (obligationen-

artiges) Drittes aufstellt. Denn wenn auch das Recht, so wie es in der intentio erschien, nicht überall zugleich die Form des Anspruches (desiderium actoris) hatte, und die Lesart, welche Bekker (§. 5. S. 37.) zu Gaj. IV. 41. [*intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*] vorschlägt, [*i. e. e. p. f. ex qua a. d. s. c.*] einem Mißbehagen abhilft, das wohl die meisten bei dem herkömmlichen Texte empfunden haben: so ist doch vor allem die Forderung des Klägers in allen ihren Lagen und so wie sie ist zugleich der Anspruch des Klägers; das dingliche Recht aber kann ein Anspruch werden und sein, durch Verletzung, freilich ohne in demselben aufgehen zu müssen, wie die Forderung; der Anspruch ist dann nichts als ein gewisser Zustand des dinglichen Rechtes. In voller Stärke ist der Anspruch überall Klagrecht, das überhaupt ein Bestandtheil des vollkommenen Rechtes, seine streitbare Macht (s. oben §. 24.), als Anspruch aber bereits nach Gegenstand und Person des Beklagten bestimmt ist. Durch diese letztere Bestimmtheit wird der Anspruch allerdings obligationenartig, und ist es also kein Zufall, daß eadem res zugleich easdem personas enthält. Der Anspruch des Klägers ist es, der mit der Litisc. zur Frage (quaestio) und durch das Urtheil zur Entscheidung kommt. Wenn demnach statt eadem res zuweilen eadem quaestio steht (l. 3. l. 7. §. 1. l. 19. D. h. t.), so sollten wir letzteren Ausdruck nicht mit der irreleitenden „Rechtsfrage", eher mit „Rechtssache" (Dernburg, krit. Zeitschr. II. 4. Heft in der Rec. des Bekker'schen Buches S. 347 fg.) übersetzen; am genauesten bleibt „derselbe Anspruch." Uebrigens können auch Ansprüche des Beklagten in Frage und zur Entscheidung kommen: theils in und mit denen des Klägers, wie wir bereits oben (§. 45) gesehen (z. B. cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse), theils neben denselben, und auch sie gelten als res, denen später, wenn sie in Klagsgestalt wiedererscheinen, exc. r. jud. entgegensteht [*l. 8. §. 2. D. neg. gest. 3, 5: Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio r. j. opponenda est l. 18. §. 4. D. commod. 13, 6. l. 7. §. 1. D. comp. 16, 2*].

Dagegen kann die Frage, ob auch die Gründe des Urtheils als „res“ zu betrachten und der exc. r. j. unterworfen seien, nicht einmal auftauchen, geschweige denn bejaht werden — weder nach der Ansicht, welche wir von der „res“ haben, da nicht einmal der Tenor ein Anspruch ist; noch nach unserem Begriff von der exc. rei judicatae, da nach diesem nur gefragt wird, ob geurtheilt ist, nicht warum. Zu einer „Rechtskraft der Gründe“ konnten Savigny (a. a. O. §. 291. §. 292.) und die von ihm §. 293. angeführten Schriftsteller nur von der angeblichen positiven Funktion der exc. r. j. aus gelangen; von einem Quellenbeweise verbreitet Savigny kaum den Schein (S. 367).

Die Quellen beschäftigen sich nicht weiter mit dem Begriffe der res, dagegen wohl mit ihrer Identität. Das führt von selbst zu einer Zersetzung der res, in welcher der Gegenstand des Anspruches (id ipsum, de quo agitur l. 27. D. h. t.) und sein Grund (causa actionis, petendi l. 27. l. 14. pr. eod.) hervorragen. Ersterer ist wiederum bald corpus, bald quantitas, bald jus (l. 12. l. 13. eod.). In Betreff des jus vgl. z. B. l. 11. §. 6. eod. Wenn nun Paulus l. 14. pr. cit. lehrt: Idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione diminutioneve facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur — so gilt das, seiner Sprachweise gemäß (vgl. l. 12. l. 13. eod.), auch von eadem quantitas und idem jus. So vor allem si quis, cum totum petisset, partem petat — nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure (l. 7. pr. eod. Ulp.). In corpore: l. 7. pr. — §. 3. eod. l. 21. §. 1. §. 2. l. 26. §. 1 eod.; in quantitate: l. 30. pr. D. h. t.; in jure: z. B. ususfr. petitio am halben fundus, nachdem er zuvor am ganzen angesprochen war (vgl. Sav. a. a. O. S. 449). Hieher etwa auch l. 4. §. 3. D. nox. act. (9, 4); sowie die schwierige l. 21. §. 3. D. h. t. Si fundum meum esse petiero, deinde postea usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa ex qua fundus meus erat, meus sit, exceptio mihi obstabit, quia, qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest (cf. l. 5. D. si ususfr. pet. 7, 6). Sed si usumfructum, cum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus iterum de usufructu experiar: potest dici alia res esse, quoniam postquam nactus sum

proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis quasi ex nova causa rursus meus esse coepit. [Außer dem Zusammenhange mit §. 1 und §. 2 vgl. auch l. 4. D. usufr. 7, 1, l. 33. §. 1. eod. und den Bekker'schen Erklärungsversuch S. 234]. Daß in dieser Klasse von Fällen die exc. r. j. aus dem Gesichtspunkte des Widerspruches nicht überall gerechtfertigt werden könne, scheint uns einst Vangerow (Leitf. „Neueste Aufl. 1848" I. §. 173. Anm. 1. a.) richtig behauptet zu haben; jetzt (6. verm. und verb. Aufl. 1851.) hat er die gesamte negative Funktion der exc. r. j. (§. 173. Anm. III.) und damit nothwendig jene Behauptung aufgegeben (Anm. V. 3. a.). Wie man übrigens auch hier den Widerspruch in Wirksamkeit zu setzen sucht, s. bei Wächter, Erört. H. 3. S. 44 fg. Sav. a. a. O. §. 299. S. 447. — Keinem Bedenken kann es unterliegen, daß nun auch das Ganze nicht mehr eingeklagt werden dürfe, nachdem über den Theil erkannt worden (arg. l. 7. §. 4. §. 5. D. h. t.). — Ein anderes ist es, wenn zuerst der eine, und dann ein anderer Theil eingeklagt wird l. 20. l. 21. pr. eod. Iter erscheint hier nicht als Theil des actus l. 11. §. 6. eod. vgl. l. 13. pr. §. 1. D. accept. (46, 4). — — Charakteristisch für einen gewissen Anspruch ist, richtig verstanden, erst seine causa. Die Quellen wenden dieses Wort in unserer Lehre verschieden an. Wenn es in der berühmten l. 14. §. 2. D. h. t. heißt: — cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas actiones singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest — ist unter causa der Erwerbsgrund oder die Begründungsweise des Anspruchs gedacht; aus eben dieser Stelle (l. 14. §. 2. cit.) läßt sich aber beweisen, daß dasselbe Wort auch das in Klage begriffene Recht selber bedeuten kann, und insbesondere in unserer Regel („eadem causa") bedeuten muß. Ferner: Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem; quoniam in Interdicto possessio, in actione proprietas vertitur (l. 14. §. 3. eod.). Wie schon der Zusammenhang mit §. 2 andeutet, fehlt es hier nicht an der Identität des Gegenstandes (corpus), sondern an der

der causa; die proprietas ist causa actionis. Neratius unterscheidet ausdrücklich zwischen mehrerlei causae l. 27. eod.: Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset; perinde ac si quis posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset. Unzweifelhaft sind unter der entfernteren causa Erwerbsgründe gemeint; näher und am nächsten der actio aber steht das Recht selbst; etwas anderes liegt nicht inmitten (vgl. Puchta, Rh. Mus. II. S. 253). Manche (z. B. Savigny, a. a. O. S. 457, Bekker, a. a. O. §. 19.) glauben noch immer die proxima causa actionis in der Rechtsverletzung erblicken zu müssen, so sehr Puchta (a. a. O. Anm. 6.) darob gezürnt hat; allein wie paßt zu dieser prox. causa die ratio, qua quis eam (proximam) causam actionis competere sibi existimasset (l. 27. cit.)? und ist es auch nur wahr, daß die Rechtsverletzung immer dieselbe sein müsse? z. B. B wird nach der ersten Besitzergreifung mit der reivindicatio belangt, siegt, verliert den Besitz, zieht ihn aber neuerdings an sich. — Charakteristisch für den Anspruch, sagten wir, sei seine (proxima) causa, indem der Gegenstand derselbe, das Recht verschieden sein könnte. Ist nur das Recht des Anspruches (proxima causa) dasselbe, so kommt auf seine Begründungsweise (s. g. causa remota, fundam. agendi rem.) — wenn ja dasselbe Recht verschiedener Begründung fähig ist — nichts an: deswegen, weil nur das Recht des Anspruches in Frage und zur Entscheidung kommt, nicht seine Begründungsart, die nur ein Mittel zur Entscheidung ist, und darum Beweismitteln verglichen wird (l. 27. cit. in fin.). Wollte nach durchgestrittener Eigenthumsklage wegen eines anderen Erwerbes abermals geklagt werden, so müßte abermals über das Eigenthum — bis de eadem re — gesprochen werden. Man sieht, welch mächtigen Grund Puchta (a. a. O. und Vorl. I. Beil. VIII.) nicht nur in l. 27. cit., sondern in der Sache selbst hat, wenn er auf die Verschiedenheit des Erwerbsgrundes selbst da nichts ankommen läßt, wo das Eigenthum in der ersten Klage auf einen bestimmten Erwerbsgrund gestützt wurde (causa expressa). Indessen scheinen schon die Worte „non expressa

causa, ex qua rem meam esse dico" in l. 14. §. 2. cit. zu sagen, daß der Erwerbsgrund in die Formel (und dann gewiß nicht umsonst) gesetzt werden konnte und vollends widerstrebt l. 11. §. 1 — §. 4. D. h. t. der Puchta'schen Consequenz; §. 4 zeigt, daß nicht schon in §. 2 von später erworbenem Eigenthum die Rede ist, daß also „causa adjecta" mit „causa expressa" gleichbedeutend sein muß; nicht undeutlich zeigen auch §. 1 und §. 2 den Gegensatz des Meinens und des Sagens (cf. §. 5.), §. 2. überdies Formelworte: §. 1. — si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus est ab alio, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. §. 2. Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit; si postea alia ex causa petat, causa adjecta, non debet summoveri exceptione. §. 4. Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio. — Wir werden uns also die Möglichkeit einer Einschränkung des Urtheils auf Eigenthum aus gewissem Entstehungsgrunde (ungefähr wie bei der Publiciana in rem actio) gefallen lassen und desfalls eine Klage aus anderem Erwerbsgrunde gestatten müssen (vgl. Sav. a. a. O. Beil. XVII. Rudorff, zu Puchta Vorl. a. a. O. Anm. 1. Bekker, S. 248 fg.). — Eine Obligation, Eine causa (Begründungsweise). Wäre also letztere eine andere, so müßte die Obligation selbst (causa proxima) eine andere sein. Sie würde eine andere sein, wenngleich ihr Inhalt identisch wäre. l. 93. §. 1. D. leg. III.: „Semproniae mulieri meae reddi jubeo ab heredibus meis C aureos, quos mutuos acceperam." Quaesitum est, si hanc pecuniam ut debitam Sempronia petens victa sit, an fideicomissum peti possit? Respondit: secundum ea quae proponerentur posse ex causa fideicomissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causa debitum (cf. l. 28. §. 13. §. 14. D. lib. leg. 34, 3). Ist dagegen die causa (Begründung) dieselbe, so mag die Klage eine andere sein l. 5. pr. D. h. t.: De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re . . . l. 7. §. 4. eod. z. B. l. 1.

§. 21. D. tut. et rat. dist. (27, 3). In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest: sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam peremta est. l. 5. pr. D. h. t.: — Utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum, vel condicat, de eadem re agit — l. 25. §. 1. eod. Wie die Klagenconcurrenz kommt aber auch diese Regel nicht blos auf dem Gebiete der Forderungen vor, z. B.: l. 7. §. 4. eod.: — Si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. §. 5. Idem erit probandum, et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat; vel contra etc. l. 8. eod. (vgl. „die Klagenconcurrenz, oben §. 40. S. 127). Von dem Gesichtspunkt der eadem und alia causa aus pflegt man auch folgenden Fall zu betrachten: l. 9. pr. eod.: Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres; deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam: an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit judicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem; aber so, daß man im Besitz der Erbschaft die causa petitionis, in der Stelle also ein sehr willkommenes Argument für den Satz erblickte, daß Rechtsverletzung die causa petitionis sei (Bekker a. a. O. §. 19. S. 251 fg.). Uns aber scheint hier die Exc. nicht zu schaden: entweder weil der Beklagte „quia nihil possidebat" [vgl. *l. 17. eod. l. 8. pr. D. rem rat. hab. 46, 8.*] freigesprochen, also über einen blos präparatorischen, mithin über einen anderen Gegenstand gesprochen wurde, als jetzt gesprochen werden soll; oder es ward in der Hauptsache selbst gesprochen (hereditatem meam esse) und müßte demnach, weil in der That eadem quaestio in judicium revocatur, exc. rei judicatae zwar schaden: allein eine replicatio de re secundum se judicata macht sie zuletzt doch unschädlich, arg. l. 9. §. 1. D. h. t. Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitorem judicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exc. r. judicatae, replicare eum oportere de re secundum se judicata. — Außer der causa

im einen und anderen Sinn finden wir auch noch eine origo petitionis, welche Savigny (§. 300. S. 453.) als den „Erwerbsgrund bezeichnet, woraus das in beiden Klagen verfolgte Recht abgeleitet wird", mithin mit der einen unserer beiden causae identificirt. Daß dieß aber unrichtig sei, zeigt die hier schließlich noch zu erwähnende Regel: Eandem causam facit etiam origo petitionis — (l. 11. §. 4. D. h. t.); gemäß der Ausführung (§. 4. cit. §. 5. eod.) ist origo petitionis die „Entstehung des Anspruches", und wäre, wenn wir bestimmter sein wollten als das Original, sicherer „Entstehungszeit" denn Entstehungsgrund.

Hauptfall der exc. r. j., sagten wir Eingangs des §. 45, sei Klagserneuerung des abgewiesenen Klägers; einen anderen: Klagserhebung des unterlegenen, oder in seinen Gegenansprüchen verworfenen Beklagten lernten wir kennen; endlich ist auch beiläufig schon vorgekommen, wie folgerecht die Klagserneuerung auch des siegreichen Klägers von der exc. r. j. betroffen wird, durch eine Replicatio de re s. s. j. aber aufrecht gehalten werden kann (l. 9. §. 1. cit. l. 16. §. 5. D. pign. 20, 1).

3) Exceptio (praescriptio) temporis.

§. 47.

Die Gewährung einer Actio (engeren und weiteren Sinnes) war mitunter erst Ursache von Rechten, während sie ursprünglich und häufiger eine Folge derselben war. Wenn es gerecht erscheint, daß in letzterem Falle die Actio so beständig sei als das ihr zu Grunde liegende Recht, [*perpetua* also, da dieses unbetagbar schien, vgl. *l. 77. D. r. j. 50, 17. l. 56. §. 4. D. v. o. 45, 1.*] so liegt es im anderen Falle bei dem Gewährenden, zu sagen: auf wie lange. Wie er actionem dat, so kann er der actio auch einen dies setzen (l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maj. 4, 6: — cujus actionis . . dies exisse dicetur . . .), die actio vornherein nur auf gewisse Frist geben (z. B. l. 1. pr. D. de vi 43, 16. — tantummodo intra annum . . . judicium dabo l. 38. pr. D. aed. Ed. 21, 1. l. 1. pr. D. calumn. 3, 6.) — temporales actiones. Dergestalt gab insbesondere der Prätor einer ganzen Klasse von Actionen Dasein und Ende zugleich. Nachmals sollten aber auch die perpetuae actiones

zeitlich begrenzt werden: es läßt sich denken, aus neuem Grunde, mit anderen Fristen, anderer Wirkung.

Jenen älteren Zustand, da die perpetuae actiones wirklich unverjährbar waren, hat noch Gaj. IV. 110. vor Augen: Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare; eas vero quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare; den späteren pr. J. de perpet. et temp. act. (4, 12.): Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege, senatusve consulto sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas vero, quae ex propria Praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam et ipsius Praetoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, i. e. usque ad finem ex constitutionibus introductum: quales sunt eae, quas bonorum possessori ceterisque qui heredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum enim existimavit, anno eam terminari. Beide Institutionen gehen von dem Unterschied der Rechtsquellen, wir von dem der Rechte — sie und wir vielleicht von derselben Sache, aber sie eher von der Form, wir mehr von dem Inhalt aus. — Was nun aber insbesondere die Verjährung der prätorischen Klagen anlangt, so sind diese nur eine Spezies der honorariae actiones, und honorariae actiones überhaupt das Gebiet, auf welchem diese ältere Verjährung platzgriff (vgl. l. 35. D. o. et a. 44, 7). So gehört ihr namentlich die Verjährung der ädilicischen Klagen (l. 38. pr. D. aed. Ed. 21, 1.) an. Indessen zeigen die Institutionen, daß nur die meisten h. actiones in dieser Weise verjähren; grundsätzlich scheiden die Digesten: l. 35. D. o. et a: In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum (vgl. l. 3. §. 2. D. naut. caup., stab. 4, 9. l. 21. §. 5. D. rer. amot. 25, 2). Ohne Ausnahme gilt aber dieser Grundsatz nicht, wie dort furti manifesti, hier quanti minoris und redh. actio zeigt. Ferner

kommt neben diesen actiones jene noch unmittelbarer magistratische Rechtshilfe der Interdicte, der i. i. restitutio etc. vor, die man weder poenal, noch reipersecutorisch nennen konnte; auch auf sie erstreckt sich unsere Verjährung [in Betreff der Interdicte s. oben §. 31. §. 32; bezüglich der *i. i. restitutio*: älteres Recht *l. 19. l. 39. pr. D. min. 4, 4. l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maj. 4, 6; l. 2. §. 5. D. cap. min. 4, 5*; neueres und neuestes Recht *l. 2. C. Th. i. i. rest. 2, 16; l. ult. C. temp. i. i. r. 2, 53. cap. 1. 2. i. i. r. in VI. 1, 21.* vgl. Unterholzner, Verjährungslehre 1828. II. Bd. §. 151, S. 3—6]. Das Wesen dieser Verjährungen glauben wir aber endlich selbst an einer Klage des jus civile — an der querela inoff. test. (l. 8. §. ult. l. 9. D. inoff. 5, 2.) wahrnehmen zu müssen. Die Ursache der Zeitlichkeit ist nämlich überall hier wohl in den Klagen selbst gelegen; theils in ihrem Gegenstand (wie bei den poenales), theils in ihrer Auflehnung wider ältere oder strengere Rechtsordnung [vgl. *l. 35. pr. D. o. et a. — Sed cum rescissa usucapione (Publiciana) redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur*]; mit der insbesondere die querela inoff. nur sehr künstlich in Uebereinstimmung gebracht werden konnte. Bündiger wäre freilich der in den J. Institutionen (l. cit.) angegebene Grund, wenn man ihn für richtig halten könnte. Vgl. aber Schrader, in seiner Inst. Ausgabe, ad h. l. u. bes. Arndts, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XIV. Nr. 1. — Die querela inoff. gleicht den anderen Fällen auch in dem zuvörderst hervorgehobenen Verhältniß des Rechtes zu den Klagen, da das Recht vielmehr von der Querel, als diese von jenem ausgeht. Dieses Verhältniß nun aber drängt zu der weiteren Behauptung, daß die Wirkung dieser Verjährungen die „stärkere“ (Sav. S. V. S. 373.), das Recht mit der Klage vertilgende sein müsse; und auch was wir in den Quellen hierüber finden, kann unmöglich vom Gegentheil überzeugen: l. 6. D. o. et a: In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem [vgl. *l. 8. pr. D. neg. gest. 3, 5: — si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur — l. 1. §. 3. D. quando de pec. actio annalis est 15, 2: — usque ad annum produci obligationem etc.* Vang. §. 161. Anm. Nr. 4., dagegen Savigny, S. 372.

not. l.] l. 37. D. fidej. (46, 1.): Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est. Nach Savigny (S. 398.) wäre diese fidejussio doch ulla; und obwohl hier „fidejussor non tenetur", und Scaevola da, wo der Schuldner naturaliter schuldig bleibt „teneri fidejussorem respondit" (l. 60. eod.), sei dort doch eine nat. obligatio übrig. Erroris fidejussio ist keine Bürgschaft aus Irrthum, wie Sav. annimmt, sondern Verbürgung eines Irrthums, d. h. einer blos errore bestehenden Obligation.

Von der andern, jüngern, aus und nach der longi temporis praescriptio sich entwickelnden s. g. Theodosianischen Klagverjährung werden getroffen alle Klagen „quae perpetuae videbantur", non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur (l. un. §. 3. C. Th. act. certo temp. fin. 4, 14. cf. l. 3. in fin. C. de praescriptione 30 vel 40 annorum 7, 39). Außer den noch übrigen honorariae actiones sollten anfänglich sämmtliche civiles in rem und in personam actiones in 30 Jahren ablaufen; von den zwei einzigen ausgenommenen Klagen (l. unic. pr. C. Th. cit.) wurde die eine nachmals derselben Verjährung unterworfen [*l. 6. C. fin. reg. 3, 39;* über die Inscription dieser Stelle vgl. *Jac. Gothofr. ad h. l.* Savigny, S. 277. *not. 1.*], die andere auf 40 Jahre erstreckt (l. 7. C. h. t.) — ein Zeitraum, der in Gemäßheit einer Anastasischen Verordnung (l. 4. C. eod.) überdies allen denjenigen Klagen gelten sollte, welche man „excogitata interpretatione" dem Theod. Gesetze zu entwinden gesucht hatte. Dahin mochten namentlich die persönlichen Präjudicialklagen (cf. l. 4. cit. in fin.), gewisse Forderungsklagen, die später wieder der 30jährigen Verjährung zugewiesen wurden (cf. l. 1. §. 1. C. ann. exc. 7, 40.), und endlich gewisse Dominikalien und ärarialische Ansprüche gehören (vgl. l. 14. C. fund. patrim. 11, 61.), von denen aber die letzteren bald nachher gegen alle Verjährung sicher gestellt wurden (l. 5. C. h. t.). Die hundert Jahre (longaeva exactio), mit denen Justinian die Kirchen, Klöster und milden Stiftungen begünstiget hatte (l. 23. C. ss. eccl. 1, 2. Nov. 9.), wurden gleichfalls auf 40 Jahre herabgesetzt (Nov. 111. Nov. 131. c. 6.) — „sola Romana ecclesia gaudente 100 annorum spatio vel privilegio" Auth. zu l. 23. C. cit. cap. 14, 13. X. praescr. 2, 26. can. 17.

C. 16. qu. 3. Die 50jährige Frist für Rückforderung des Spielsatzes beruht auf einer lex restituta (l. 3. C. aleat. 3, 43). — Zu den actiones, quae antiquitus fixis temporibus limitabantur, gehören aber auch noch einige Civilklagen, die in kürzerer Zeit, aber, so scheint es, bereits im Sinn und Geist der Theodos. Verjährung ablaufen: l. 1. §. 3. D. jure fisci (49, 14.) l. 13. pr. §. 1. D. div. temp. (44, 3.) — l. 1. C. de quadr. praescr. (7, 37.) l. 2. C. vectig. (4, 61.); — D. ne de statu defunctorum post quinq. quaeratur (40, 15.) C. 7, 21; — l. 2. pr. l. 3. C. quadrienn. praescr. (7, 37). Die longi temporis (10 vel 20 annorum) praescriptio dagegen ist nicht sowohl eine besondere Verjährung gewisser Klagen, als eine besondere, zur Usucapion hinneigende Verjährungsweise gewesen. Von ihr das Nothwendige bei der Usucapion. — Behalten wir nun die gewöhnlichen dinglichen und persönlichen in 30 J. verjährenden Klagen im Auge, so ist klar, daß hier der Grund der Verjährung nicht mehr in den Klagen selbst liegt; vielmehr scheint ein allgemeineres, Recht und Unrecht verwebendes, verdunkelndes, gebärendes Element, die Zeit, Ursache unserer Erscheinung zu sein. Dazu stimmt schon die beträchtliche Dauer von 30 Jahren. Person und Inhalt der Klage haben dann wohl Abweichungen von diesem Zeitraum begründet, nimmermehr aber die Thatsache dieser langen Verjährung selbst. — Daß mit der Zeit hier nur das Klagrecht, nicht alles Recht überhaupt erlösche, wird bezüglich der in rem actiones wohl allgemein angenommen; nicht so bezüglich der in personam [die Nachweise dieses noch lebhaften Streites s. bei Sintenis, pract. gem. Civilr. I. §.31. Anm.57. Vang. S. 151]. Indessen müssen selbst diejenigen, welche für die stärkere Wirkung sind, zugeben, daß die hypothecaria actio gegen den Verpfänder die Schuldklage um 10 Jahre überdauert [Vang. a. a. O. *Nr. 6. — l. 2. C. luit. pign. (8, 31): Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota*]; und damit ist alles zugegeben. Man sucht zwar darzuthun, daß hier die naturalis obligatio nicht der schwächeren Verjährung, sondern der Pfandklage, d. h. ihrer eigenthümlichen Voraussetzung (si neque solutum neque satisfactum sit) wegen (Büchel, Erört. Nr. 1. S. 40 fg. Vang. a. a. O.) da sei; übersieht aber, daß die Römischen Juristen sich an jene Worte

klammerten, nicht um nicht vorhandene Verpflichtungen zu schaffen, sondern um vorhandene zu decken und zu retten (vgl. die von den Obigen allegirten l. 13. §. 4. D. pign. 20, 1. l. 59. pr. ad SC. Treb. 36, 1. l. 38. §. 5. D. solut. 46, 3). — Während man sonst für alle Klagverjährung durchweg entweder die schwächere (Hynt, Franke, Unterholzner, Savigny, Puchta u. A.), oder die stärkere (Löhr, Sintenis, C. W. E. Heimbach, Vermehren, Vangerow, Kierulff, Roßhirt, Büchel u. A.) Wirkung annimmt, nehmen wir diese für die Verjährung der alten temporales, jene für die der alten perpetuae an. Ipso jure scheint niemals, weder die eine, noch die andere geltend gemacht worden zu sein; passender war nichts als eine praescriptio (Keller, Civpr. §. 43.), deren Namen wir in Verbindung mit der Verjährung in späterer Zeit wohl nicht fänden, wenn er nicht in classischer begründet wäre (vgl. l. 5. D. si ingenuus 40, 14. l. 3. l. 9. l. 12. D. div. temp. 44, 3. Keller a. a. O. Anm. 508); sie paßte, mochte die actio zufolge der Verjährung erloschen sein (was ohne Zweifel der Fall war, und ist bei der prätorischen Verjährung und ihrem Anhang), oder nicht, wie bei der Theodosianischen, wo die Actionen trotz der Verjährung existent schienen; wenigstens wechselt hier der Ausdruck exceptio mit praescriptio: z. B. l. 4. C. praescr. XXX vel XL ann. (7, 39.) Rubr. C. 7, 40.

§. 48.

Die Verjährung geht vor sich, indem die zuständige Klage binnen der gesetzten Zeit weder angestellt noch ersetzt wird.

Zum Anfang der Verjährung genügt darum nicht die Existenz eines etwa erst künftig durchführbaren, oder gar eines bedingten Klagrechts (l. 7. §. 4. C. praescr, 30 vel 40 a. 7, 39.), sondern nur eine sofort anstellbare Klage [*actio nata l. 1. §. 1. C. ann. exc. 7, 40; ex quo possunt actiones movere l. 30. C. j. d. 5, 12; ex quo jure competere coepit l. 3. l. 7. §. 1. C. praescr. 30 vel 40 ann.*]. Mehr als Anstellbarkeit ist nirgends gefordert. Hiernach ist es gewiß richtig, wenn Thon, (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VIII. 1.), Lenz (Studien rc. Nr 4.), Vangerow (Arch. f. civ. Pr. XXXIII. Nr. 12.) gegen die meisten Neueren (Kierulff, Sintenis, Puchta, Wening rc.) und insbesondere gegen Savigny (a. a. O. §. 240. S. 291 fg.) behaupten, daß auch beim unverzinslichen und unbetagten Dar-

lehen, Commodat, Depositum die Verjährung sofort mit dem Contracte beginne. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht machen aus den (allenfalsigen) Motiven der Klagsverjährung Bedingungen der Klagsverjährung im einzelnen Fall, fordern vom Gläubiger Nachlässigkeit (cf. l. unic. §. 5. C. Th. h. t.), und zwar vom ersten Augenblick an! (s. dag. Vang. a. a. O. S. 304. IV.) Zugleich machen sie die „Rechtsverletzung", (während man doch Forderungen kaum „verletzen" kann) zur Voraussetzung auch der Forderungsklagen, müssen zwar zugeben, daß in den meisten Fällen die Rechtsverletzung nichts anderes als Nichterfüllung der bestehenden obligatio, also mit letzterer da sei, (vgl. Sav. §. 239. S. 285 fg.), behaupten aber, beim Darlehen rc. müsse zuvor eine Anforderung erfolgt sein. Nicht beipflichten können wir, wenn Vangerow (S. 298—302) es als einen Grundsatz des R. R. hinstellt, daß der Schuldner ohne besondere Nebenbestimmung überhaupt nicht unaufgefordert zu zahlen verpflichtet sei (l. 53. pr. D. fideic. lib. 40, 5. l. 2. C. jur. emph. 4, 66. l. 12. C. contr. stip. 8, 38.) — und auf diesem Wege seine Gegner zu widerlegen sucht; vielmehr scheinen letztere das Wesen der „Anforderung", die selbst schon eine (außergerichtliche) actio, gewöhnliche, nicht nothwendige Vorläuferin der gerichtlichen actio, ein Recht, und ohne die Verpflichtung zu zahlen, nicht denkbar ist, verkannt zu haben; gibt es ohne Zahlpflicht kein Anforderungsrecht, so ist mit dem Anforderungsrecht auch die Nichterfüllung oder s. g. Rechtsverletzung da; das Anforderungsrecht aber ist gleich dem Klagrecht beim Darlehen rc. wie bei den übrigen Contracten sofort da. [§. 2. *J. v. o.* 3, 16: *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti quinque aureos dare spondes? idque confestim p e t i potest* — wozu *l.* 126. §. 2. *D. v. o.* 45, 1: — *quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum* —; *l.* 94. §. 1. *D. solut.* 46, 3: *Sin autem communes nummos credam aut solvam: confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio* —; *l.* 1. §. 22. *D. dep.* (16, 3): *Est autem apud Julianum . . scriptum, eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere. Hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat;* wozu Vangerow, S. 307.

310.] Anstatt die Anforderung irgendwo zum Ausgangspunkt der Verjährung zu machen, sollte man sagen: In und mit der (einmal zuständigen) actio verjährt auch die Anforderung (petitio überhaupt). Würde beim Darlehen die Rückzahlung „sofort nach Kündigung" bedungen, so wäre mit letzterer nichts als eine Anforderung gemeint, und müßte demnach gelten, was zum Ueberfluß in l. 48. D. v. o. festgesetzt ist: Si decem „quum petiero" dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio (Thon, a. a. O. §. 13 fg, Vang. S. 318). — — Daß bei peremtorischen Exceptionen von Verjährung keine Rede sein könne, ist klar; um so bedenklicher die Frage, ob dilatorische Exceptionen den Eintritt der Verjährung hindern oder nicht? z. B. im Fall der s. g. exc. nondum adimpleti contractus l. 13. §. 8. D. a. e. et v. (19, 1): Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. Es läßt sich nun zwar nicht läugnen, daß auch dilatorische Exc. mit der Zuständigkeit der Klage auch deren Verjährung aufschieben können (arg. l. 7. §. 4. C. h. t. 7, 39); unmöglich aber annehmen, daß wegen augenblicklicher Unanstellbarkeit der Klage letztere überall nicht, z. B. in l. unic. C. etiam ob chirogr. deb. pignus teneri posse (8, 27.), namentlich in l. 13. §. 8. cit. nicht verjähre (Unterh. II. §. 260. S. 318. Savigny §. 240 A. Kierulff, Th. d. gem. Civr. I. S. 197. Anm.) Was den Grund dieser Verschiedenheit in den einzelnen Fällen anlangt, so kommt man hier wenigstens so ziemlich auf den sonst verworfenen Satz hinaus: toties praescribi actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris [Unterh. S. 319. Vang. §. 147. Anm. I. 3. Kierulff a. a. O. a. E. Im Uebrigen s. gegen diese Regel: Thon a. a. O. S. 2. Anm. 2.]. Umgekehrt gibt es Klagen, deren sofortiger Anstellbarkeit kein Hinderniß entgegensteht; dennoch verjähren sie nicht — die Theilungsklagen nämlich; freilich nur, soferne sie bloße Theilung bezwecken (vgl. l. 1. §. 1. C. ann. exc. 7, 40). —

„Binnen der gesetzten Zeit" — die verschiedenen Fristen sind in der allgemeinen Darstellung (§. 47.) mitber ört worden.

Ihre Berechnungsweise anlangend lesen wir l. 6. D. o. et a. (44, 7): In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg. „non finitur obligatio"). Vgl. hierüber Bachofen, zur Lehre von der civ. Berechnung d. Zeit, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVIII. S. 342. Denselben (S. 353.) auch zu l. 101. D. r. j. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. — Einer temporis accessio würde, wenn sie bei der Klagverjährung je noch anwendbar sein sollte, nichts im Wege stehen (vgl. Sav. a. a. O. S. 362 fg.). — Utile tempus ist das Jahr der kurzlebigen honorariae actiones und was unter einem Jahre ist (Glück, Erl. d. P. III. §. 269 a. Unterh. §. 87); das der i. i. restitutio ist wie zum quadriennium, auch zum continuum tempus geworden (l. 7. pr. C. temp. i. i. r. 2, 53. Justinian.). In diesem letzteren Falle übrigens möchte man, mit älteren Juristen, von einem tempus ad aliquid utile (ratione initii utile) reden (vgl. Glück a. a. O.): l. 7. §. 1. cit. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, inquo Reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur; et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio. l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maj. i. i. r. (4, 6.) — intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. — Den Grund dieser Ausnahme (sei es von dem continuum tempus, sei es von dem Satze, daß die Verjährung mit der Anstellbarkeit der Klagen beginne) finden wir in l. 19. D. min. (4, 4). — Interdum .. successori plus quam annum dabimus . . . si forte aetas ipsius subveniat. Nam post annum XXV^m^ habebit legitimum tempus; hoc enim ipso deceptus videtur, quod cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit. — Plane si defunctus ad i. i. restitutionem modicum tempus ex anno utili habuit, huic heredi minori post annum XXV^m^ completum non totum statutum tempus dabimus ad i. i. r. sed id duntaxat tempus, quod habuit is, cui heres extitit (vgl. l. 5. §. 1. C. div. temp. i. i. r. 2, 53); bei Kirchen rc. ist sie freilich nicht möglich; etwas eigenes gilt für Volljährigerklärte: l. 5 pr. eod.

[vgl. überhaupt Burchardi, von der Wiedereins. 2c. §. 27. Unterh. II. §. 151 fg. Sav. Syst. VII. S. 242 fg.]. — Aehnliche Ausnahmen vom tempus continuum, aber nicht blos am Anfange desselben enthalten l. 3. C. h. t. (7, 39): — pupillari aetate duntaxat (quamvis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctioni; l. 5. C. in quib. caus. i. i. r. necessaria non est (2, 41): — in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per i. i. autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere — videlicet exceptionibus 30 vel 40 annorum in suo statu remanentibus; l. 1. §. 2. C. ann. exc. (7, 40): — filiisf. in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt i. e. postquam manu paterna, vel ejus in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati (vgl. l. 4. C. bon. quae lib. in pot constitutis acq. 6, 61); c. 14. X. praescr. (2, 26): — tempora . . intercidentium schismatum . . nolumus aliquatenus computari, sed diligenti consideratione adhibita de ipsa computatione deduci; c. 10. eod.: — praescriptione hostilitatis tempore non currente; ferner die Fälle, wo der gemeinen Anstellbarkeit der Klage Sonderrecht entgegentritt (was man sonst mit „rechtlichen" Hindernissen — im Gegensatz zu den factischen des utile tempus — oder mit der charakterlosen Regel: „agere non valenti non currit praescriptio" auszudrücken pflegt): l. 7. §. 10. §. 11. D. a. r. d. (41, 1.) — tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter Legem XII Tab. qua cavetur, „ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur etc.; l. 22. §. 11. C. jur. delib. (6, 30): Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto fuerint intra tres menses, vel si abfuerint, intra annale spatium . . . nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis eos inquietare . . . nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praejudicio generando; l. ult. C. qui bon. ced. (7, 71.) in fin.: — Nullo praejudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando. —

Als „angestellt" erscheint schon nach neuerem R. R. die Klage nicht erst zufolge der Litiscontestation: l. 3. C. ann. exc. (7, 40.) Justinian — qui obnoxium suum in judicium clamaverit, et libellum conventionis ei transmiserit . . . . videri jus suum omne eum in judicium deduxisse (vgl. l. 7. pr. C. h. t. (7, 39.) Justinus: — si non interruptum erit silentium . . . . per solam conventionem und Savigny, S. 316). Die Anstellung „unterbricht" die Verjährung z. B. l. 3. cit. — in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula (vgl. Rubr. Cod. de ... praescriptionibus et interruptionibus earum), womit die bisherige Verjährung aufhört, eine neue aber nicht ausgeschlossen ist: l. 9. C. h. t.: — jure suo lapsi videbantur, eo quod post cognitionem novissimam 30 annorum spatium effluxerit . . . quod . corrigentes . . . licet personalis actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in quadragesimum annum extendimus . . quod tempus . . ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit (cf. l. un. §. 1. C. Th. act. certo temp. fin. 4, 14). Nicht ohne den Versuch innerer Anknüpfung [*l. 7. §. 5. C. h. t. — cum litis contestationem imitetur ea detentio*] sind mehrere Fälle der Schuldanerkennung, darunter insbesondere auch der in l. 8. §. 4. eod., ja die Schuldanerkennung überhaupt (l. 5. C. duob. reis 8, 40. vgl. l. 19. C. fide instrum. 4, 21.) der Klaganstellung gleichgestellt worden; ferner „conventum in scriptis apud compromissarium judicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario judicio lis fuisset inchoata" (l. 5. §. 1. C. rec. arb. 2, 56); endlich mußte auch noch für den Fall gesorgt werden, da der zu belangende nicht zu treffen ist (l. 2. C. ann. exc.).

Exceptionen sind an und für sich unverjährbar: l. 5. §. 6. D. doli exc. (44, 4). Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur: ob aber auch dann, wenn neben der Exceptio eine Klage zu Gebot steht, ist in den Quellen nicht gesagt (vgl. Sav. §. 225, bes. S. 432), und denn auch streitig: „tant dure l'action, tant dure l'excep-

tion" [Sommer, rechtsw. Abhandl. S. 1 — 56. Unterholzner §. 158. Sintenis, gem. Civr. §. 32. Anm. 39; Pfeiffer, pract. Ausf. III. S. 73 — 82.]; — „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua" [Weber, Beitr. zu d. Lehre von gerichtl. Klagen und Einr. Nr. 1. S. 7 — 13. 2. Ausg.; Thibaut, Besitz und Verjährung S. 151; Savigny §. 253 fg. Puchta Pand. §. 95. not. b. Seuffert's Arch. I. Nr. 159.]. Durch Analogie scheint man nicht zum Ziel zu kommen; ist es doch an sich bedenklich, die Verjährung durch Analogie ausdehnen zu wollen; wie erst für den bloßen Juristen (l. 14—16. D. leg. 1, 3; l. 12. eod. — is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet). Ganz anders, wenn nicht Analogie, sondern Consequenz eine Verjährung auch der Exceptio geböte. Das würde der Fall sein, wenn und wo die Exceptio eine bloße Folge des Klagrechts wäre; in einem solchen Falle vermöchten wir nach verjährtem Klagrecht keine Exceptio zu denken. Daß es nun solche Fälle gebe, scheint uns schon in der Regel angedeutet zu werden: Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit (l. 156. §. 1. D. r. j. Ulp. ad Ed. lib. 70.); In l. 1. §. 4. D. superf. (43, 18.) Ulp. ad Ed. lib. 70. finden wir dieselbe Regel freilich in Anwendung auf einen Fall, wo Exceptionsrecht und Klagrecht nicht nebeneinander, sondern je nach Lage der Sache entweder Exceptio oder Klage zusteht; allein das Causalverhältniß, worauf uns ankommt, ist doch vorhanden, und daß es auch vorkommen könne, wo actio und exceptio in derselben Lage zustehen, läßt sich nicht vorweg absprechen. Wir glauben es in dem Falle der l. 59. § 1. D. aedil. Ed. (21, 1.) zu finden, dagegen in allen den anderen Fällen, welche Savigny (§. 254. Nr. 1. 3. 4. 5. 6.) darstellt, nicht zu finden. —

Der Umfang bloßer Klagverjährung ist durch Einführung einer außerordentlichen Ersitzung von 30 und mehr Jahren, in Verbindung mit einem neuen erst im can. Rechte begründeten Erforderniße, bedeutend verengt worden: c. 5. X. praescr. (2, 26.): Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem m. f. possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere: cum b. f. pos-

sessor dici non possit — c. 20. eod. (Innoc. III.) Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque b. f. praescriptio, tam canonica, quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. Daß in dieser letzteren Dekretale nicht blos corporis possessio gemeint sei (tam canonica quam civilis praescr.) s. Möllenthiel, Natur des guten Glaubens, Erl. 1820. §. 23. §. 24; daß sie zwar nicht blos die Ersitzung, aber anderseits nicht alle und jede Klagverjährung betreffe, s. vorzüglich C. Hillebrand, de bona fide rei propriae debitori ad temporis praescr. haud necessaria Monach. 1843. §. XIV. sqq.; ob nur die Verjährung von in rem actiones (Puchta §. 90. not. aa.) oder überdies auch persönliche Klagen wider einen debitor rei alienae (Unterholzner §. 92. S. 320. 3. Savigny §. 244 — 246. Arndts P. §. 109. u. A.) ist am zweifelhaftesten; uns scheint, wo kein Eigenthum, (wie in commodati etc. actione) auch keine rei alienae oder propriae conscientia verhandelt werden zu können; es soll Kläger, wenn er dem Beklagten rei alienae consc. vorwerfen will, auf Eigenthum klagen.

Nachdem wir bis hieher die Rechte überhaupt, dann insbesondere die reinen Privatrechte, innerhalb dieser aber einen gewöhnlichen Bestandtheil aller reinen Privatrechte, (das Klagrecht) und was damit zusammenhing (Besitz, Praet. stipulationes, i. i. restitutio) in Betracht gezogen haben (§. 21 — §. 48), folgen nun:

Erster Abschnitt: Die einzelnen (reinen Privat- oder Vermögens-) Rechte.

Zweiter Abschnitt: Das Vermögen als Ganzes.

Dritter Abschnitt: Das Zweckvermögen.

Erster Abschnitt.

Die einzelnen Rechte.

I. Die Sachenrechte.

§. 49.

Den Ausdruck „jus in re“ glaubte Thibaut (Versuche II. 2. S.32) auch für die Rechte des Pächters rc. gebrauchen zu dürfen, wegen l. 2. §. 22. D. vi bon. rapt. (47. 8.): — Sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignorata proponatur, sive deposita apud me (sic) ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usum fructum in ea habeam, vel quod aliud jus, „ut intersit mea non rapi, dicendum est competere mihi hanc actionem. — — Allein so gewiß das Recht des Pächters noch kein Sachenrecht ist, so gewiß muß man diese Stelle anders auslegen, als Thibaut. Auffallend scheint es, daß derselbe Ausdruck für das Hauptsachenrecht nicht vorkommt, sondern nur für diejenigen, welche wir jura in re aliena zu nennen pflegen, ja daß jenes den „jura in re“ überall gegenüber tritt (l. 19. D. damn. inf. 39. 2. l. 71. §. 5. D. leg. I. l. 30. D. nox. act. 9. 4.); würde „res“ jenes Hauptsachenrecht selbst bedeuten, so wäre alles klar, der ohnehin moderne Zusatz aliena überflüssig, und überdieß für alle Sachenrechte, die nicht Eigenthum sind, eine Grundlage, „auf“ der sie sind und ohne die sie in der That nicht sein können, wie von selbst gewonnen. Daß „res“ jene Bedeutung haben könne ist bekannt (s. z. B. Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XIII. S. 182. S. 231.) und wird noch mancherlei Bestättigung finden, z. B. l. 11. D. a. r. d. (41. 1.): Pupillus .. alienare nullam rem potest nisi praesente tutore auctore et ne quidem possessionem quae est naturalis — l. 38. §. 1. D. a. v. a. p. (41,2) — possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur (Vergl. l. 30. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 9. pr. l. 21. §. 2. D. quod met. 4, 2.) Consequent nannte man, was uns später noch besonders nützlich werden soll, das Grundeigenthum „fundus,“ „ager“ „praedium.“ Zum Beweise wählen wir die Vergleichung von l. 16. §. 1. D. fam. herc. 10, 2: — si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit — mit l. 6·

§. 1. D. ususfr. (7. 1.): — si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum; und die Stelle bei Festus V. 5. (ed. O. Mueller.) S. 233: Possessio est ut definit Gallus Aelius usus quidam agri, aut aedificii, non ipse fundus aut ager — itaque in legitimis actionibus nemo — possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit etc.

Inhalt der Sachenrechte ist 1) irgend eine rechtliche Macht (posse) (s. oben §. 23.), allgemein ein gewisses Klagrecht — actio in rem (s. oben §. 24.), 2) bei den meisten überdies ein gewisser Kreis von Befugnißen (licere) (§. 23.). Inhalt dieser Befugnisse wiederum sind Handlungen (wie denn alles Recht nur ein Recht zu handeln ist), welche wir sachliche oder dingliche nennen können, weil sie ohne eine Sache (res, corpus) nicht möglich sind. Es gibt nämlich — man muß uns diese Unterscheidung erlauben — einfache Handlungen, in denen der Mensch sich auf sich selber beschränkt (Worte, Reden, Gebärden), und zusammengesetzte, in welchen irgend ein greifbarer Gegenstand außer dem Handelnden, oder mehrere zugleich als Gegenstand oder Mittel (Unterlage, Vorrichtung, Werkzeug oder Geräthschaft) von der Handlung ergriffen werden, dergestalt daß wenn wir im Leibe des Handelnden, besonders in der Hand, unter anderm ein Mittel irgend einer Handlung denken, Gegenstände der Außenwelt als Fortsetzung dieser Mittel erscheinen, und also die Außenseite oder der Leib der Handlung etwas, aus dem Handelnden und der Außenwelt, wenn auch nur einen Augenblick Zusammengesetztes hat. Gegenstand einer solchen Handlung kann, wie beim Essen und Trinken, der eigene Leib des Handelnden sein; häufiger aber ein Grundstück u. s. f.; auch dieser Gegenstand gehört zu der Composition einer Handlung, als wesentlicher Theil ihrer ganzen Einheit. Soferne, wie meistens, Sachen (corpora), nicht etwa Mitmenschen (wie bei Realinjurien) als Gegenstand oder Mittel einer Handlung erscheinen, dürfen wir diese eine dingliche oder sachliche Handlung nennen. Der Römer begreift sie mit dem Worte „uti frui re", und da sie in der That ein Gebrauch von Sachen sind, können wir sie auch Gebrauchshandlungen nennen. Die meisten Sachenrechte nun enthalten eine Befugniß zu solchen sachlichen Handlungen, ja um dieser Befugniß willen sind die Sachenrechte vorzugsweise

da. Aber wohlgemerkt, nicht um der Befugniß zu solchen Handlungen überhaupt, sondern um der Sache willen, deren Gebrauch die Handlung enthält. Ob solche Handlungen überhaupt geschehen dürfen, ist, abgesehen von dem Gewissen des Handelnden, durch das Strafrecht bestimmt, indem es manche derselben verpönt; ob dagegen in Ansehung der Sachen, an, auf, in, durch, oder mit welchen die Handlung stattfindet, diese erlaubt sei, dies zu bestimmen sind die Sachenrechte da. Und wiederum handelt es sich hiebei nicht um die Sache überhaupt oder der Gattung nach, sondern lediglich um die für die Handlung nothwendige bestimmte Sache. Wenn man das Sachenrecht als Recht an einer Sache bezeichnet, so ist dies ein abgekürzter oder bildlicher Ausdruck für das Recht zu gewissen Inbegriffen von Handlungen in Betreff, an, auf, mit &c. dieser Sache.

Die Handlungen, zu denen die Sachenrechte „ermächtigen," (Rechtsgeschäfte) nennen wir, gemäß früherer Bemerkung (§. 23.) Handlungen rechtlicher Macht: und alle Sachenrechte ermächtigen zu einer solchen Handlung (actio in rem — prohibere — alienare — obligare). Jene natürlichen sachlichen Handlungen dagegen, welche durch die Sachenrechte gestattet oder erlaubt sind, nannten wir Handlungen der Befugniß, und derlei Handlungen sind nicht in allen Sachenrechten inbegriffen: in einer Classe derselben schlechthin nicht (negative Servituten), in einer anderen wenigstens der Regel nach nicht (Pfandrecht). Diese Sachenrechte enthalten also überhaupt oder in der Regel lediglich rechtliche Macht — ein Vorspiel jener großen Schaar von Rechten, welche lediglich Macht sind (Forderungen).

Anderseits finden wir eine Befugniß zu den befugten sachlichen Handlungen bei solchen, die kein Sachenrecht haben: bei Pächtern und Miethsleuten, Commodataren und Precaristen (vergl. z. B. l. 9. pr. D. loc. cond. 19, 2. l. 1. §. 1. D. commod. 13, 6.). Es ist entschieden: sie haben kein Sachenrecht: entweder haben sie (die beiden ersteren) die Befugniß noch nicht (vor Einräumung des Grundstückes, Hauses durch den Vermiether, Verpächter) — dann liegt nichts vor als eine Forderung; oder aber sie (alle) haben durch Einräumung der Sache die Befugniß erlangt, so liegt dort (bei den Pächtern, Miethern) neben der Forderung in der Befugniß eine fortschreitende Erfüllung der

Forderung, hier (bei den Comodataren, Precaristen) eine fortschreitende Liberalität vor.

In der Befugniß liegt, wir sehen es, nur ein Gewöhnliches, nicht ein Nothwendiges der Sachenrechte; so wendet man sich, um ihr Innerstes zu treffen, an ihre Macht, und greift nach der in rem actio. Dieses „in rem" ist aber selbst nur Außenseite (s. oben S. 51.) eines meum esse, in dem vor allem das Eigenthum, dann aber die dinglichen Rechte überhaupt (l. 3. pr. D. o. et a. 44, 7) aufgehen. In dem „meum esse" scheint uns das Geheimniß des Sachenrechtes zu liegen; vielleicht daß wir weiter unten, bei den Forderungen, ein erklärendes Wort dafür finden.

§. 50.

Was insbesondere die Sachen anlangt, woran die Sachenrechte platzgreifen, so dürfen wir gegen den Satz, daß es corpora sind, keine, selbst die Puchta'sche Ausnahme, nicht aufkommen lassen. „Der Begriff der Sache ist über die körperlichen „Gegenstände hinaus erweitert worden . . darin, daß in man„chen Beziehungen eine Gesammtheit von Sachen als Eine Sache behandelt wird", — wie sich sofort (und auch in den Vorles. S. 78.) zeigt, wollte Puchta sagen: eine (unkörperliche) Gesammtheit von Sachen als Sache. — „Ein Ganzes von Sachen „läßt sich denken a) als ein körperliches, von körperlich zusam„menhängenden Sachen (s. g. univ. rer. coh.) . . . b) als ein „unkörperliches, von körperlich getrennten Sachen . . . (univ. „r. dist.); die Behandlung eines solchen unkörperlichen Ganzen „als Sache ist unter jener Ausdehnung des Begriffs der Sache „verstanden" (Pand. §. 35. 1. vgl. Vorl.). Jene „manche Beziehungen" lösen sich, weil l. 13. pr. l. 34. pr. D. pign. (20, 1.) l. 21. l. 22. D. leg. I.; l. 70. §. 1. §. 3. D. usufr. 7, 1. (Puchta, P. §. 35. Not. c.) nichts als eine Interpretation enthalten, was alles vermacht, verpfändet sei, wenn ein „grex" eine „taberna" verpfändet sei, jedenfalls in eine einzige auf: nämlich in die von l. 1. §. 3. D. r. v. (6, 1): posse etiam gregem vindicari — sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur, (cf. l. 23. §. 5. eod.) — in die Beziehung also, daß man einen grex

etc. im Gegensatz zu den einzelnen corpora vindiciren und sein nennen kann, natürlich unter der Voraussetzung, daß man in gewisser Weise (l. 30. §. 2. D. usurp. 41, 3.) den grex (nicht etwa blos singula corpora) erworben hat. Darin liegt etwas Absonderliches: das nämlich, daß wir gewisse Gesamtheiten von Sachen unser nennen können, ohne daß die einzelnen Sachen sämmtlich oder auch nur einige unser zu sein brauchen. Hier ist ein Widerstreit des Einzelnen mit der Gesammtheit, nicht des Körperlichen mit dem Unkörperlichen; eine Ausdehnung des Eigenthums auf Gesamtheiten im Gegensatz zu Einzelnheiten, nicht auf incorporalia im Gegensatz zu corporalia (vgl. §. 18. J. legat. 2, 20: Est gregis unum corpus etc. Arndts P. §. 48. Warnkönig, Arch. f. civ. Pr. XI. S. 190). Nur der Vindication zulieb ist Ein Eigenthum an einer Gesamtheit einzelner Sachen aufgestellt worden; so gewinnt es denn auch lediglich in der Vindication Bedeutung und Dasein; darüber hinaus halten wir es sogar für undenkbar. Zulässiger scheint es uns, den Begriff einer universitas, wie er z. B. in der Heerde gegenüber dem armamentum navis (l. 3. §. 1. D. r. v. 6, 1.) vorliegt, festzustellen (Puchta, Vorl. §. 35. vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proz. XX. S. 199.) und darnach zu verallgemeinern, was in l. 1. §. 3. cod. doch wahrscheinlich nur beispielsweise genannt ist. Die wichtigste Frage aber: wie wir denn zum Eigenthum an diesen Gesamtheiten kommen, oder wie wir es beweisen, ist unseres Wissens bisher weder gestellt noch beantwortet worden (s. jedoch Warnkönig, a. a. O. S. 196; dagegen Wächter, Erört. H. I. Nr. 1. S. 19. und vgl. l. 30. §. 2. D. usuc.).

Dem Eigenthum, also allem Sachenrecht, und überhaupt dem Vermögen entzogen sind manche Sachen durch die Natur; nicht blos dadurch, daß sie keinen Gebrauch, sondern auch dadurch, daß sie einen für Alle zulassen (l. 2. §. 1. l. 4. l. 5. D. div. rer. 1, 8). Die Meeresküste ist jure gentium occupirbar, aber nicht wie anderer Boden, oder sonstige res nullius (l. 3. D. eod.), sondern wie das Wild (l. 14. D. a. r. d. 41, 1.); aber auch wie der römische Bürger — aedificio dilapso quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam — (l. 6. pr. D. div. rer.) und nur in bescheidener Weise (l. 3. l. 4. D. a. r. d.); desgleichen

durch Bauten das Meer selbst l. 10. D. div. r.; — andere durch das Recht (quarum commercium non est) und zwar jure divino und publico, durch letzteres aber nicht auch die pecunia populi (l. 1. pr. eod. l. 6. pr. D. c. e. 18, 1).

1. Das Eigenthum.

§. 51. Gegenstand.

Dieses Recht, dessen Definition noch nicht gesichert scheint (Böcking, Inst. II. 1. §. 134. Anm. 15 fg. 1855, Vang. §. 295. Anm. 1) ist je nur an Einer Sache möglich. In der Beantwortung der Frage, was Eine Sache sei, folgt das Recht der Natur und gemeinen Auffassung (l. 30. D. usurp. 41, 3.), kann also jenes tertium genus corporum, quod ex distantibus constat, wohl in gewisser Beziehung wie Ein corpus behandeln, nicht aber für Ein corpus erachten. Auf Grund und Boden hat das Recht Einheiten wahrlich erst schaffen müssen (vgl. l. 8. D. r. v. 6, 1). Aus Anlaß seltener Ereignisse hält es dem bisherigen Eigenthum zu lieb, und in der Hoffnung auf baldige Lösung, in Einer Sache noch zwei oder mehrere fest (l. 5. §. 1. D. r. v. — Sed si etc.); sonst gibt es an dem, was als Eine Sache erscheint, nicht mehrere dominia, wohl aber Ein Eigenthum Mehrerer (condominium) pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore l. 5. D. stip. serv. (45, 3.) l. 5. §. 15. D. commod. (13, 6.): — nec quemquam partis corporis (pro diviso) dominum esse — es wäre denn, daß was noch pars heißt, eine eigene Sache ist l. 8. D. r. v.

Eine Sache, Ein Eigenthum: das muß seine Folgen haben, wenn die Sachen Mehrerer zu Einer werden; es hat möglicherweise dreierlei. Abgesehen von dem Falle, wo eine Specification mitunterläuft, ist entweder der Wille der bisherigen Eigenthümer (l. 5. pr. D. r. v. l. 7. §. 8. §. 9. l. 25. D. a. r. d.), oder die Natur des Verhältnisses, das zwischen den alten Sachen entstanden ist, mitunter auch die Stärke der Verbindung maßgebend. Wo besagtes Verhältniß ein Accessionsverhältniß ist, mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit l. 23. §. 4. D. r. v. z. B. §. 3. eod.: Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scy-

pho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem: dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt; — l. 61. eod.: .. proprietas totius navis carinae causam sequitur; — l. 23. §. 3. eod. .. id quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae; sed necesse est, ei rei cedi (cedere Haloand.), quod sine illa esse non potest; — l. 9. §. 1. D. a. r. d.: Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quae aedificantur aut seruntur (vgl. §. 29 — 34. J. div. rer. 2, 1. Gaj. II. 77. 78). Hier ist die Stärke der Verbindung zwar nicht schlechthin, wohl aber in Betreff der Frage gleichgiltig, ob die fragliche Eigenthumserweiterung platzgreife: l. 23. §. 5. D. r. v.: — quaecunque aliis injuncta, sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi: et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit etc. Ideoque in omnibus his casibus in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. — Der Ausdruck „dominus vindicare non potest" darf uns nicht irre machen; entscheidend sind andere Ausdrücke wie: „vereque statuam suam dicturum" und „non posse dici brachium tuum esse" l. 23. §. 1. §. 5. in fin. cit. l. 44. D. evict. (21, 2.) cf. Gaj. IV. 3) So bei technischer Verbindung; anders verhält es sich bei Pflanzungen l. 26. §. 2. D. a. r. d. (41, 1.) §. 31. §. 32. J. cit. und Alluvionen §. 21. eod. — Eine Begriffsbestimmung, was Accession sei, gibt Paulus schon oben, mit jenen Worten der l. 23. §. 5. D. r. v.: necesse est ei rei cedi (cedere) quod sine illa esse non potest. (vergl. l. 34. pr. D. c. e. (18, 1.) ... nec refert quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus; l. 19. §. 20. D. auro arg. 34, 2: — sive gemmae sint in aureis vasis sive in argenteis, auro argentove cedent, quoniam hoc spectamus, quae res cujus rei ornandae

causa fuerit adhibita, non quae sit pretiosior.) Paulus hat sich höchstens, im Anschluß an seinen Fall, etwas eng ausgedrückt; Böcking rechtfertigt auch seinen Ausdruck (Inst. II. 1. §. 152. Anm. 55.) und schützt ihn gegen die ihm von Puchta (P. §. 37. not. l.) vorgeworfene „Verkehrtheit;" was aber Puchta selbst beibringt: daß „Hauptsache diejenige sei, für welche die andere bestimmt ist, und um derentwillen sie vorhanden ist," (P. §. 164. not. d.) — leidet abgesehen davon, daß es von ihm selbst auf bewegliche Sachen beschränkt werden muß (— denn bei der inaedificatio z. B. ist es zu offenbar unrichtig) an einer Verwechslung des Ganzen mit der Hauptsache, indem z. B. Maste, Segel, Anker und Taue für das Schiff, nicht aber für den Kiel, überhaupt bei einem Ganzen, das Ueber- und Unterordnung und Einen Gedanken enthält (l. 23. §. 5. in fin. D. r. v.), die Theile weder für sich, noch für einen andern Theil, sondern für das Ganze da sind — omnia .. quae conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antemnae, velum, quasi membra navis esse. (l. 44. D. evict. 21, 2). Das Beste scheint uns Böcking (a. a. O. S. 150.) gesagt zu haben, insofern er die Hauptsache ein Substrat der Accessionen nennt, und ist es nur besser deutsch, wenn wir in der Hauptsache überall eine (körperliche) Grundlage für die übrigen Theile des Ganzen erblicken — eine Grundlage von der man in Ansehung der Gemälde nur abgewichen ist, an der aber Paulus desto fester gehalten hat. — Ist das Verhältniß Gleichheit, dann kommt es auf die Stärke der Verbindung an, ob eine communicatio pro portione rei eintreten (l. 3. §. 2. l. 4. D. r. v.) — oder unser Satz (Eine Sache, Ein Eigenthum) selbst Ausnahme erleiden soll (l. 5. §. 1. eod. l. 27. §. 2. D. a. r. d. — zu letzterer Stelle Böcking, S. 162. Anm. 62.).

Auch in diesem Grundsatze der Einheit im Gegenstand folgt der Besitz dem Eigenthum; in Ansehung der universitas rer. dist. bewahrt er ihn strenger (l. 30. §. 2. D. usurp. et usuc. 41, 3. — singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio —); in allen anderen ebenso strenge: l. 5. §. 15. D. commod. (13, 6.) — duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium

habere. Wir wissen daß die Juristen, welche nur in gewissen Fällen solidarischen Besitz Mehrerer aufstellten (s. oben S. 58. fg.) nicht durchdrangen. Daß wir nec quemquam partis corporis possessorem esse, ergänzen dürfen, ist ausgesprochen und geht hervor aus l. 8. D. r. v.; l. 30. pr. D. a. v. a. poss. (41, 2.) l. 23. D. usurp. (41, 3.) l. 23. §. 7. D. r. v. (6, 1.) l. 7. §. 1. D. ad exh. (10, 4): sowohl dahin, daß nicht Mehrere verschiedene körperliche Theile derselben Sache besitzen können (— nunquam pro diviso possideri potest l. 8. in fin. cit.); als dahin, daß der Besitzer eines Ganzen nicht je einen Besitz an je einem Theile des Ganzen habe; nichtsdestoweniger soll dieses der Fall sein können, wegen l. 30. §. 1. D. usurp.: Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum, — der Fall sein können, „wenn der Besitzer die von ihm vorher getrennt besessenen Theile in das Ganze erst eingefügt hat" (Puchta P. u. Vorl. §. 128. und so die Meisten: vergl. Savigny, R. d. Bes. §. 22, S. 309. fg. Windscheid, in Sell's Jahrb. I. Nr. 12. Vangerow §. 204. Anm. 2. u. A. m.). Das wäre keine bloße Ausnahme, sondern eine Spaltung des Grundsatzes und der Einheit. Allein wie man immer sie begründen möge, sie scheint uns unzuläßig 1) wegen des Zwiespaltes, der nun zwischen Besitz und Eigenthum bestünde, — 2) weil das Absurdum, von welchem l. 23. pr. D. usurp. spricht, vorläge, man mag nun das Einzelne vorher besessen haben oder nicht, 3) weil l. 23. §. 7. D. r. v. und l. 7. §. 1. D. ad exh. citt. von Fällen sprechen, in denen der Besitzer des Ganzen das Einzelne vorher besessen, und sich dann doch in unsere Regel schickt. Freilich muß l. 7. §. 1. cit. dafür büßen, civilis poss. Usuc. Besitz sein, und Besitzer gestohlen haben (siehe wegen dieser Stelle oben S. 75. fg.). Wir stehen mit denen, welche den Besitz an einem körperlichen Theile für sich durchweg verwerfen [Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 49; Sintenis, Arch. f. civ. Pr. XX. Nr. 4; Kierulff, gem. Cvr. I. S. 375, Pape, Zeitschr. f. Cvr. u. Proz.

N. F. IV. S. 211. Stephan, ziv. Arch. XXXI. S. 373. vergl. Vang. a. a. O. S. 419.]; halten ferner für ausgemacht, daß in der zweiten Hälfte der anstößigen Stelle (l. 30. §. 1. cit.) zwei Besitze angenommen werden, weil zwei Sachen angenommen werden; und endlich möchte die gleiche Entscheidung der ersten Hälfte auch auf den gleichen Grund gebaut sein. [S. die Mittheilung von Falk an Savigny, bei Sav. R. d. Bes. §. 22. S. 311. Anm. 1. und vergl. *l. 23.* §. 1. *D. usurp.* mit *l. 36. D. evict.* (21, 2), dann *l. 1.* §. 1. *D. tign. junct.* 47, 3. — *quidam ajunt tegulam quoque ... tignorum appellatione contineri.* Kierulff a. a. O. Anm. **) findet dem Zusammenhange nach in der zweiten Hälfte einen Gegensatz zu der ersten; allein „*ergo*" kann ihn nicht ausdrücken; „*in quo verum est*" bezieht sich nur auf den *annulus*, in welchem *aurum* und *gemma* dieselbe Rolle spielen, wie *tegulae* und *columnae* im Haus — nicht auf den Fall der Mobiliarverbindung überhaupt. Andere Erklärungsversuche s. bei Vang. a. a. O.]. — Daß hinwiederum aber eine Vertheilung des Einen unter Mehrere (pro indiviso) beim Besitze wie beim Eigenthum angehe, liegt schon in jenem Satze „nunquam pro diviso possideri potest," wird aber auch grundsätzlich ausgesprochen: l. 26. D. a. v. a. p. Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest; et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi, nec capi potest; veluti si ita tibi tradam: „Quidquid mei juris in eo fundo est; nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est, potest. Ueber die nöthige Bestimmtheit des Theiles s. noch l. 3. §. 2. D. eod. und l. 32. §. 2. D. usurp.: Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit, — und dazu Savigny, R. d. Bes. §. 22. S. 300. Anm. 2.

Wenn auch nicht eine gewisse Stärke der Verbindung: eine Verbindung muß überall da sein, wenn etwas im Eigenthum sich ändern soll; keine Verbindung ist die confusio in l. 5. pr. D. r. v. (§. 28. J. div. rer. 2, 1.) weshalb auch nichts im Eigenthum, wohl aber — nothgedrungen — in der Klagformel geändert ist. Ferner aber müssen wir auch eine gewisse Beständigkeit

der Verbindung fordern: l. 44. D. evict. 21, 2. Scapham non videri navis esse . . nec quidquam conjunctum habere: nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse; omnia autem, quae conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antemnae, velum, quasi membra navis esse. —

Außer den technischen Verbindungen, die wir bisher einzig im Auge gehabt, kommen nun aber auch noch natürliche in Betracht: die Alluvion [§. 20. *J. div. rer.* 2, *1. l. 7.* §. 1. *D. a. r. d. 41, 1.*]; die durch Avulsion [§. 21. *J. eod. l. 7.* §. 2. *eod.* vergl. Gesterding, Beiträge zum Wasserrecht, Arch. f. civ. Pr. *III.* S. 70.], bezüglich derer die neueren Gesetzgebungen es aber nicht mehr beim römischen R. bewenden lassen [vergl. preuß. Landr. *I. 9.* §. 233. 234.; *Code civ.* §. 559; österr. Ges. §. 412. bayr. Ges. über Benützung des Wassers 1852. Art. 30. privr. Gesetzb. v. Zürich 1854. §. 543.]; plantatio [§. 31. §. 32. *J. eod. l. 7.* §. 13. — *l. 9. D. a. r. d.*]

§. 52. Inhalt.

Das Eigenthum enthält: einerseits die umfassendste Befugniß (uti frui licere ea re), anderseits die vielfältigste (rechtliche) Macht (potestas vgl. §. 23.): in dem uti frui insbesondere auch das consumere, abuti (l. 12. §. 1. l. 15. §. 1. D. usu 7, 8.), und in dem licere eine Befugniß, deren Ausübung dadurch, daß sie zum Schaden Anderer ausfällt, noch keine Rechtsverletzung wird (neminem laedit, qui jure suo utitur l. 1. §. 12. l. 2. §. 9. D. a. pl. a. a. 39, 3.); in der potestas 1) außer einem später zu behandelnden mehrfachen Klagrecht insbesondere ein mit Nothwehr oder Gewaltanwendung nicht zu verwechselndes jus prohibendi — wovon beim Klagrecht; 2) „alienandi potestas" (pr. J. quib. alien. licet 2, 8). Ueber das Wort „alienatio" s. Senec. benef. V. 10: — quaedam ad alios pertinere, et sic esse formata, ut tota significatio illorum discedat a nobis. — — Num quid non demens videbitur, qui aliquid vendidisse sibi se dicat? quia venditio alienatio est, et rei suae jurisque in ea sui in alium translatio. l. 4. §. 1. D. alien. jud. mut. 4, 7. — neque enim alienat qui dumtaxat amittit possessionem — — sed qui litem ad alium transfert. Daß in l. 28. D. v. s. (50, 16.) gleichwohl auch usucapio (und non-

usus) als alienatio erscheint, hat seinen besonderen Grund und erweitert unsern Begriff nicht. Ferner darf man zwar aus l. 1. C. fundo dot. 5, 23. [— *Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur* — vgl. *l. 4. D. fund. dot. 23, 5. l. 1.* §. 2. *D. de reb. eor. 27, 9.*] nicht schließen, daß es nur dominii alienatio gebe [*l. 4.* §. 2. *D. alienat. jud. mut. 4, 7: — verum ad possessionis quoque* —]; „ususfructus datio aber, hypotheca vel pignoris nexus“ (l. 7. C. reb. alien. non alien. 4, 51.) sind — gleich der usucapio — nur von Gesetzen durch extensive Interpretation der alienatio beigezählt. Und wiederum nur, um dem Sinne des Gesetzes zu genügen, heißt es in l. 8. §. 2. D. alien. jud. mut. c. f.: Alienare intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit — [*l. 20. pr. D. a. r. d. (41, 1.): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert*]. — In der alienandi potestas liegt, als in potiori ein minus, die der Dereliction. Außer dieser Selbstveräußerung und Selbstentäußerung enthält das E. 3) eine Macht der Selbstbeschränkung, und dieser entsprechend eine Macht der Selbsterweiterung: Ideo hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere u. vel r. p. nisi qui habet praedium (§. 3. J. serv. 2, 3.) [wobei praedium Grundeigenthum ist, s. oben (S. 123)]: l. 1. l. 5. D. comm. p. (8, 4.) arg. l. 2. D. serv. (8, 1.): Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest, l. 11. D. s. p. r. (8, 3.) l. 15. §. 7. D. usufr. (7, 1). Dieselbe Macht der Eigenthumsbeschränkung, nun aber zu Gunsten fremder Personen, statt fremden Eigenthums, äußert sich in den Personalservituten — so sehr, daß „nuda proprietas“ wird (§. 1. J. usufr. 2, 4.). Weder Veräußerung noch Beschränkung des Eigenthums ist an und für sich 4) die Leihe: sei es, daß sie vergünstigungs- (precarium, commodatum) oder mieth- und pachtsweise stattfindet. Sie ist keine Beschränkung des Eigenthums [*arg.* „Kauf bricht Miethe“ *l. 25.* §. 1. *D. loc. 19, 2: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si . . fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono*

frui et inquilino habitare liceat: alioquin *prohibitus is aget cum eo ex conducto*, *l. 9. C. loc. 4, 65.* vergl. *l. 59.* §. 1. *D. usufr. 7, 1;* — *l. 33. D. loc.* — *si colonus tuus fundo frui a te . . . prohibetur . . tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui* —]; sie ist keine Veräußerung; es wäre denn, daß man von einer Veräußerung zeitweiligen Gebrauchs reden wollte. Wir nennen sie eine Ermächtigung zum Gebrauch der Sache; eine Ermächtigung, aus der für den Nehmer zwar ein licere (nämlich uti, allenfalls uti frui ea re z. B. l. 9. pr. D. loc.) entspringt, aber ein licere, das möglicherweise den Eigenthümer, niemals das Eigenthum bindet oder beschränkt. Erst in der Superficies und Emphyteusis hat sich diese Befugniß zu einer Schranke des Eigenthums selber erhoben. Natürlich ist es die Macht des Eigenthums, aus der diese Ermächtigung quillt; der Nichteigenthümer kann den Gebrauch der Sache, nicht die Befugniß zum Gebrauche einräumen; wer z. B. von ihm pachtet, würde nicht Eigenthümer der Früchte (vgl. l. 120. §. 2. D. leg. I.). Endlich ist auch 5) die Verpfändung von Sachen, die wir weder Veräußerung, noch bloße Beschränkung des E's, noch schlechthin Leihe nennen können, und die doch von ihnen allen etwas hat, eine Macht ausschließlich des Eigenthums [*l. 3. pr. D. pign. 20, 1. l. 6. C. si aliena res pign. 8, 16:* — *per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est, l. 3.* §. 2. *D. qui pot. 20, 4.* — *ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare*]. — — Der Eigenthümer mag veräußern, sich oder sein Eigenthum belasten und verpfänden: überall zeigt er sich zugleich als Gründer fremder Rechte. Je nachdem er an seinem Eigenthume selbst ändert (wie wo er es beschränkt) oder nicht (wie wo er es veräußert), „macht" er entweder blos einen neuen Eigenthümer [*dominum „facit," „efficit"* — *„rem ejus facit"* z. B. *l. 9.* §. 7. §. 5. *D. a. r. d.*], oder er schafft neue Rechte selbst [*ususfructus, servitus „constituitur" l. 6. D. usufr. 7, 1; l. 5. pr. D. serv. 8, 1.*]. Diese neuen Rechte müssen, da sie das Eigenthum selbst beschränken, dinglich sein; die Gebrauchs-Befugnisse aus der Leihe stehen blos auf einer Obligation des Gebers, oder gar auf seiner Willkür; nur jene haben den Namen „jura" oder verdienen ihn. Das Pfandrecht hat ihn (l. 19. pr. D. damn. inf. 39, 2.).

Wo Ein Eigenthum Mehrerer besteht (condominium), können die Einzelnen ihre pars veräußern, verpfänden, verleihen, ja selbst zu Nießbrauch austhun [*l. 3. l. 4. C. de communium rerum alienatione 4, 52; l. 6. §. 8. §. 9. D. comm. div. 10, 3; l. 5. §. 2. D. si ususfr. pet. 7, 6. l. 19. D. usu et hab. 7, 8: Usus pars legari non potest* — auch nicht *partis usus?*]; durch Realservituten dagegen weder beschränken noch erweitern (l. 11. l. 19. l. 28. l. 34. D. s. p. r. 8, 3.); diese gelten dem ganzen Eigenthum und verlangen ein gemeinschaftliches Handeln (ll. cit.). Wie die Macht des Eigenthums überhaupt blos um seiner Befugnisse (des Sachengebrauches) willen da ist, also führt auch jene Theils-Macht auf den Antheil zurück, den der Miteigenthümer an den Befugnissen des Eigenthums hat. Natürlich säen und erndten kann man auf dem ideellen Theile nicht; wohl aber nach Maßgabe desselben die Früchte theilen (l. 4. §. 3. D. comm. div. 10, 3.) und sonst sich in den Gebrauch schicken. In diesem reellen Antheile am Gebrauch und Genuß der Sache beruhen Werth und Bedeutung der pars pro indiviso, der ideellen Eigenthumsgetheiltheit, zugleich aber birgt sie die Einheit des obschon getheilten Eigenthums in sich. Denn offenbar setzt jene Ab- und Eintheilung des Gebrauches unter Mehrere eine Gemeinschaft des Wollens und Handelns voraus, eine communio über der divisio, eine Einheit über den Theilen; das Recht leidet nicht, daß von den Miteigenthümern irgend einer nach Willkür schalte [*l. 28. eod. Sabinus: in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse; unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat* —]. Außer dem hier erwähnten jus prohibendi zum Schirme der Gemeinschaft ist aber auch eine actio comm. div. zur Lösung derselben aufgestellt, d. h. eine divisio cum judice, wo sie sine judice nicht oder nicht leicht durchführbar wäre cf. l. 36. D. fam. herc. 10, 2. — si sine judice diviserint res).

Ein bloßer bonae fidei possessor hat keine Befugnisse: so wenig als ein bloßer possessor (vgl. §. 26. S. 55.); dagegen ist ihm, neben anderen Vergünstigungen, eine Klagsmacht, in rem actio (Publiciana) verliehen, die ihn dem Eigenthümer bei weitem näher rückt, als dem bloßen Besitzer, den Mangel

an Befugnissen deckt, und endlich auch denjenigen zu gute kommt, welche vermeintliche Rechte aus seinem vermeintlichen Eigenthume herleiten möchten [vgl. vorläufig und übersichtlich *l. 7. §. 11. §. 6. D. Publ. in r. act. 6, 2; — l. 11. §. 1. eod.; — l. 18. D. pign. 20, 1.*] Daß ihm aber auch ein jus prohibendi zustehe, kann nicht angenommen werden; wo davon die Rede sein sollte, schweigen die Quellen [*l. 11. §. 12 — l. 13. §. 5. l. 16. pr. §. 1. D. quod vi aut clam. 43, 24; l. 1. §. 20 — l. 5. §. 1. §. 6. §. 18 — l. 7. §. 1. l. 8. §. 2. l. 9. D. o. n. n. 39, 1; l. 3. §. 4. l. 6. §. 4. l. 23. §. 1. D. a. pl. arc. 39, 3*]; bezüglich der *negatoria* s. *l. 5. pr. D. usufr. 7, 1.* und das Zeugniß Puchta's, Rh. Mus. I. S. 182 und 183; vgl. l. 11. l. 13. §. 9. D. damni inf. 39, 2. und oben §. 35. S. 108. unten. Dagegen Unterholzner, Schuldverh. II. §. 399. not. a.; Puchta a. a. O.; Schmid, Handb. des gem. bürg. R. §. 17. Anm. 8. — —

Sehr verschieden von derjenigen Eigenthumsbeschränkung, welche kraft Eigenthums stattfindet, ist eine andere, die sich trotz demselben einstellt, von Obrigkeits- oder Rechtswegen — gewissermassen von außen her, nicht von innen; häufig der Nachbarschaft zulieb, um die Schroffheiten der Theilung von Grund und Boden zu mildern (Nachbarrecht); nicht selten aber auch aus gemeinsameren Gründen. I. Nachbarrecht: 1) Die altrömische „Anwende" — „actus et circumactus aratri" — von Rudorff aufgeklärt [Zeitschr. f. g. R. W. X. Nr. 7. Grom. Inst. S. 433. vgl. Böcking, §. 140. not. 35.] und noch im C. Th. fin. reg. (2, 26.) l. 6. erwähnt, ist im C. J. (cf. l. 6. fin. reg. 3, 39.) übergangen, also auch von den Unsrigen; im Züricher-Gesetzb. aber tritt sie auf als „Tretrecht" (§. 577). 2) l. 1. pr., §. 8. D. arb. caed. (43, 27.): — Lex XII. tab. efficere voluit, ut XV pedes altius rami arboris circumcidantur . . . ne umbra arboris vicino praedio noceret. Die hierüber entstandene Controverse s. Dirksen, über die ges. Beschränkungen des E. nach R. R. Zeitschr. f. g. R. W. II. S. 424 fg. Vang. §. 297. Anm. 4). 3) l. 1. pr. D. de glande legenda (43, 28). Ait Praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto. l. 9. §. 1. D. ad exh. (10, 4.) . . . uti potero, si

damni i. cavero. Die desfalsige Controverse s. Vang. a. a. O. Schmid, a. a. O. §. 3. Anm. 25.; und über einen versteckteren Sinn des tertio quoque die legere J. Grimm, Zeitschr. f. g. R. W. III. S. 351. Aehnlich diesem Fall ist der in l. 9. §. 1. D. damn. inf. (39, 2). 4) Aquae pluviae arcendae actio — wovon bei den Eigenthumsklagen. 5) l. 14. §. 1. C. serv. et aq. (3, 34.) . . aliquis vicinum suum vetabat, „ita aedificium extollere juxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex hujusmodi obstaculo secerni a frugibus non possent . . ." Sancinus . . nemini licere sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat. 6) l. 13. D. fin. reg. (10, 1.) . . in actione f. r. illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo ejus legis scriptum est, quam Athenis Solon dicitur tulisse . . si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem relinquito, si vero domum, pedes duos; si sepulchrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito; si puteum passus latitudinem; at vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato; ceteras arbores, ad pedes quinque vgl. Vang. a. a. O. Nr. 12. Züricher-Gesb. §.583 fg. 7) l. 17. pr. D. si serv. vind. (8, 5). Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet „jus non esse illum parietem ita projectum invito in suum esse invito se." 8) Ueber den auf l. 12. D. relig. (11, 7.) gestützten „Nothweg" vgl. Böcking, §. 140. Anm. 34. und den von ihm gegebenen weiteren Anhalt in Siculus Flacc. in d. R. Feldm. ed. Lachmann, pag. 146. — Noch mehrere ja unzählige Fälle würden sich ergeben, wenn wir [z. B. mit Böcking §. 140. S. 48. Nr. 3. Vang. a. a. O. Nr. 2. Schmid S. 18. Nr. 1. S. 28. Nr. 10.] auch diejenigen mit aufnehmen wollten, in denen der Eigenthümer durch das Eigenthum seines Nachbars, nicht durch ein Nachbar-Sonderrecht beschränkt wird: z. B. l. 17. §. 2. D. si serv. vind. (8, 5.): Secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, de servitute agere oportere . . . l. 8. §. 5. §. 6. D. si serv. vind. (8, 5.)

und die allerdings verführerische l. 24. §. 12. D. damn. inf. (39, 2). — Wenn schon von dem Bisherigen manches nur im Allgemeinen gilt, im Besonderen dagegen particularrechtlich bestimmt ist, so gilt das noch mehr von den Beschränkungen, welche II. aus gemeinsameren (wohlfahrts- bau- volkswirthschafts- und anderen, polizeilichen) Gründen im R. R. aufgestellt sind. Mehrere derselben gelten überhaupt nicht; so die mit dem Begräbnißwesen, und dem Straßen- und Aquaeductenbau zusammenhängen (bei Böcking §. 140. I. A. u. B.); unsere heutige Zwangsabtretung hat in letzteren ein Vorbild, nicht ihren Grund, oder Maßstab. Desgleichen verhält es sich mit unserem Bergregal und l. 3. C. metallar. 11, 6. (vgl. l. 13. §. 1. D. comm. praed. 8, 4. l. 6. C. cit.); dann mit unserer Baupolizei und C. aedif. priv. (8, 10.); doch haben wir noch eine actio de tigno juncto, — oder doch blos in der actio, nicht in dem ihr zu Grunde liegenden Trennungsverbot eine Aenderung zu bemerken [vgl. Stryk, *usus mod. Pand.* zu *D. de tign. juncto 47, 3.* Sintenis, I. §. 50. Anm. 52.]. Zu dieser zweiten Classe von Beschränkungen gehören aber endlich auch

die Veräußerungsverbote, und ihnen fehlt es nicht allen an unmittelbarer Geltung. Uebrigens können wir hier nur der gesetzlichen Veräußerungsverbote gedenken, und zwar nicht etwa blos unserer Eintheilung, sondern auch des wegen, weil alle anderen Veräußerungsverbote keine Eigenthumsbeschränkungen sind. Nur diejenigen Veräußerungsverbote sind Eigenthumsbeschränkungen, welche dem Eigenthum, wäre es nun für immer, oder auf Zeit, alienandi potestatem entziehen, und zwar dem Eigenthume selbst, nicht etwa blos diesem Eigenthümer. Das thun nun aber vor allem die Privatveräußerungsverbote nicht: nicht die vertragsmäßigen (pact. de non alienando) [l. 61. D. pact. 2, 14; die Richtigkeit in l. 7. §. 2. D. distr. pign. 20, 5, sie mag nun nach jenem Accursius-Puchta'schen Texte blos die pactio, oder nach dem herkömmlichen auch die venditio treffen (Puchta, P. §. 145. not. e. Bachofen, ausgew. Lehren S. 177; — Vang, §. 299. Anm. Sint. §. 38. not. 16.) rührt keinesfalls von einem Veräußerungsverbote, sondern davon her, weil pactio .. talis .. contra jus sit posita; und wo die Veräußerung „in Kraft einer auflösenden Bedingung nichtig" ist (Arndts, Pand.

§. 132.) ist sie es wiederum nicht durch das Veräußerungsverbot;] noch die letztwilligen [*l. 114. §. 14. D. leg. I. . . eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimant, propter quam id fieri velint: nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam . . . quia talem legem testamento non possunt dicere.* . Sind nun aber, wie beim Familienfideicommisse, solche Personen da, so sind es die Rechte dieser Personen, welche die Veräußerung unmächtig machen, wiederum nicht das Verbot *l. 69. §. 3. l. 77. §. 27. leg. II.*]. Ferner finden wir aber auch nicht, daß es die s. g. richterlichen Veräußerungsverbote thäten. Nur Lauk (Zeitschr. f. Civilr. u. P.) verwahrt sich gegen dieselben; sonst [z. B. Puchta P. §. 132. not. d. Vangerow §. 299. Anm. Nr. 2. Sell, dingl. R. §. 12. Nr. 2. Schmid §. 4. Anm. 12. und die dort Agff.] stützt man sich auf l. 12. D. usurp. (41, 3.): Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes. Allein „ut prodigo“ bemerkt, besser denkend als redend, die Glosse zu „vetuit.“ Vermengt man vielleicht Dispositionsbeschränkung mit Eigenthumsbeschränkung? (vgl. oben S. 38). Wo nicht, so sollte man sich mehr darauf verlegen, Fälle zu nennen. Einige nennen das mit der Concurseröffnung erlassene Veräußerungsverbot (Wening-Ingenheim, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. I. Nr. 18. Brandis, das. VII. Nr. IV. S. 194. Sint. §. 38. S. 405.) — eine bloße Dispositionsbeschränkung. Einzig und allein die Gesetze vermögen Eigenthum unveräußerlich zu machen; unzweideutige Beispiele geben die Ackergesetze (Rud. grom. Inst. S. 382 fg.). Auf uns ist keines gekommen, das irgend ein Eigenthum schlechthin unveräußerlich machte; wenige, die dies zeitweilig bewirken: lex Julia de fundo dotali D. 23, 5. C. 5, 23. l. 3. §. 1. D. cit.: Totiens . . non potest alienari fundus etc. (Bachofen, a. a. O. das Veräußerungsverbot des f. dot. Nr. 3. und Nr. 4. S. 119.); — l. 4. C. de litig. Justinian.? [von den früheren Verboten hatte weder das in den *XII.* T. *l. 3. D. h. t. 44, 6.*, noch das augustische Edict §. 8. *fr. de jure fisci. Gaj. IV. 117*, noch endlich das prätorische *de alienatione, judicii mutandi causa facta D. 4, 7. C. 2, 55.* — die *alienatio* selber ausgeschlossen; vgl. Bachofen, a. a. O. das Veräußerungs-

verbot der *res litig. Nr.* 2. S. 66. fg. Ueberdies wird nun aber neuerlich eine deutsche Praxis behauptet, nach welcher auch die Veräußerungsnichtigkeit aus dem Justinianischen Verbote, ja dieses selbst aufgehoben wäre, — aufgehoben, weil ersetzt durch eine gewisse Aenderung im Prozesse. Zimmermann, über das Verbot der Veräuß. streit. Sachen und Fordgg. Arch. f. civ. Pr. XXXV. Nr. 13. XXVI. Nr. 3. besond. S. 54 fg. Und in der That scheint diese Praxis von den neueren Lehrbüchern mehr übersehen als beseitigt]. Die oratio Severi (de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis D. 27, 9.) nennt Bachofen (das Veräußerungsv. der or. Sev. a. a. O. S. 119.) mit Recht „ein Verbot ... das .. nicht das Eigenthum, sondern die vormundschaftliche Gewalt einzuschränken bestimmt ist.“ In dem Veräußerungsverbote von l. 3. §. 2. §. 3. C. comm. de leg. et fideic. (6, 43.) scheint uns der Gesetzgeber vielmehr den Honorirten zum Eigenthümer zu stempeln, als das Eigenthum des Onerirten beschränken zu wollen [s. dag. Seuff. E. A. Das gesetzl. Vv. bei Sing. und Univ. vv. Inaug.abh. München 1854. §. 8. §. 9. und hinwiederum Münchner krit. Uebersch. II. S. 169.]. Die Veräußerungsverbote dagegen, welche wir in l. 52. D. c. e. (18, 1.) l. 2. C. aedif. priv. (8, 10.); l. 2. C. comm. et merc. (4, 63.); l. 2. C. eunuch. (4, 42.) finden (vgl. Lauk a. a. O. S. 8.), sind zwar echte Eigenthumsbeschränkungen, aber nicht in Geltung. Es verstund sich von selbst, daß wo dem Eigenthum alienandi potestas gebricht, die Veräußerung nichtig ist; bezweifelt wird nur, ob der Veräußerer selbst mit der Vindication durchdringe. Bezüglich des fundus dotalis ist diese Frage entschieden: l. 42. D. usurp. (41, 3.) l. 17. D. fundo dot. (23, 5.) vgl. l. 13. §. 3. eod. l. 77. §. 5. D. leg. II. und Bachofen, S. 108; die anderen Fälle können wir nach obigem diesorts übergehen; s. übrigens Vang. §. 299. Anm. 1.

Erwerb.

§. 53.

Zunächst scheiden wir von dem Erwerbe des Eigenthums die bloße Erweiterung oder Veränderung des Eigenthums durch körperliche Verbindung (s. oben S. 179.), sowie durch alvei mu-

tatio [*l. 7. §. 5. l. 30. §. 1. D. a. r. d. 41, 1. l. 1. §. 7. D. flum. 43, 12.*] und insula in fiumine nata [*l. 7. §. 3. §. 4. l. 29. l. 56. l. 65. §. 2. §. 3. D. a. r. d. l. 1. §. 6. D. flum.*] aus.

Erworben nun aber wird das Eigenthum

1) mitunter durch bloße Besitzerwerbung l. 1. §. 1. D. a. v. o. poss. (41, 2.) l. 1. §. 1. — l. 6. l. 55. D. a. r. d. (41, 1). Zu den res liberae gehören übrigens nicht mehr alle die Sachen, die bei den Römern [vgl. *l. 5. §. 7. l. 51. §. 1. D. eod.* Sintenis, pr. gem. Civilr. §. 50. Anm. 10. Schmid, Hdb. §. 7. S. 69.]; wohl noch der thesaurus, soferne darunter gemeint ist eine vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat (l. 31. §. 1. eod.) — eine Bedeutung, die dieses Wort auch bei den Juristen nicht nothwendig hat [*l. 44. pr. D. a. v. o. p. 41, 2.* vgl. Seuff. Pract. Pandr. §. 130. Anm. 1 a. und die dort angef. Erkk.] — und mit den Modificationen, in welchen die wechselvolle, Schatzgräberei und Zauberei verfolgende, nebenher aber für den Fiskus besorgte Gesetzgebung endlich abschloß [*l. un. C. de thes. 10, 15. a. 474. §. 39. J. rer. div. 2, 1.* Sell, d. K. R. Lehre der dingl. Rechte oder Sachenrechte, I. 2. Aufl. S. 84 fg.]. Zweifelhaft ist darnach noch das Recht des Schatzes in locis religiosis und sacris: in Vergleich von l. 3. §. 10. D. j. fisci (49, 14.): Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint: Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur; item si in Caesaris possessione repertus fuerit, dimidiam aeque partem fisco vindicari — mit §. 39. J. cit.: Thesauros quos quis in loco suo invenerit, D. Hadrianus, naturalem aequitatem sequutus, ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit [Sell a. a. O. S. 89. Anm.; Seuff. Pr. P. I. §. 130; — Puchta, P. Vorl. §. 154. 3. Böcking, Inst. II. 1. S. 130; Göschen, Vorl. II. S. 168. Arndts P. §. 154. Anm. 4.]; — zweifelhaft ferner die Frage, wie dem Eigenthümer der Sache die ihn treffende Hälfte erworben werde, ob ipso jure (Schmid, Handb. des bürg. gem. R. §. 7. not. 66. Sell a. a. O. S. 87. Anm. **) oder forderungsweise (Puchta a. a. O. Arndts a. a. O. Böcking a. a. O.

not. 35: condictio ex lege). Gegen den Ausdruck: hoc locorum domino reddere compellatur . . . cum locorum domino partiatur (l. unic. C. cit.) kommt der bestimmtere „ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur (l. 3. §. 10. cit.) in Betracht, sowie der Ausdruck „dimidium inventoris et dimidium Caesaris esse statuit (§. 39. J. cit.). Nimmt man nun aber mit Sell sofortigen Eigenthumserwerb an, so darf man doch seine Behauptung, daß „in allen anderen Fällen (als l. 3. §. 11. D. jure fisci) der Finder eines Schatzes auf fremdem Boden die Verpflichtung, dem Grundeigenthümer den Schatz anzuzeigen, nicht habe" (S. 88 **) nicht theilen — von Diebstahls wegen; — zweifelhaft endlich, ob mit und nach demselben Rechte von Hebung eines Schatzes auch in beweglichen Sachen die Rede sein könne (W. Sell, Versuche I. 3.) oder nicht (Puchta, a. a. O. Böcking S. 129. not. 31). Warum Böcking diese Frage wegen l. 44. pr. D. a. v. a. p. (41, 2.) und besonders wegen l. 67. D. r. v. (6, 1.) — die uns eher das Gegentheil zu sagen scheint, — verneint, sehen wir nicht ein.

Ueber die l. 8. C. de omni agro deserto (11, 58.): ob sie blos für kaiserliche Emphyteusen (Schröter, über den abgeleiteten Besitz; Zeitschr. f. Civilr. u. Civpr. II. Nr. 7. S. 238. Anmerk. 13.) — oder ob sie überhaupt für agri deserti und heutzutage noch gelte (Gyet, Bemerkungen aus dem röm. Dekonomierecht, Archiv f. civ. Pr. XVII. 2. S. 52 fg. mit Zeugnissen für die Anwendung in d. Anm. 1 — 25. Holzschuher, Theor. und Cas. II. 1. S. 179.) wogegen Puchta §. 154. k. — und wieder anders Eichhorn, Einl. in d. d. Privr. §. 286. I.

2) Durch Spezification — welche keine bloße Deterioration [z. B. *l. 9. §. 3. D. ad exh. 10. 4. — si ex scypho massa facta sit. mutata forma prope interemit substantiam rei*], Färberei (l. 26. §. 3. a. r. d.), Enthüllung [*l. 7. §. 7. D. eod.: — non novam speciem facit, sed eam quae est detegit*], auch nicht immer erst „Formgebung", wohl aber immer „Neugestaltung" (Arndts §. 155) ist und dieses sein muß materia manente und non manente (s. dag. Böcking §. 154. not. 12). Eine andere Frage ist, ob sie bloß materia non manente oder auch „si species ad materiam reverti possit" Eigenthum gebe (l. 7. §. 7. l. 24 — l. 26. D. a. r. d. Gaj. II. 79.),

was von Justinian §. 25. J. div. rer. (2, 1.) verneint ist — ein Mittelweg, der uns kein goldener zu sein scheint, wenn ihn auch Gajus gegangen ist. — „Von Spezification aus eigenem Stoffe braucht nicht geredet zu werden“ (Böcking, not. 9.) — aber nicht quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest (§. 10. J. leg. 2, 20.); denn quod factum est, antea nullius fuerat (l. 7. §. 7. cit.); und am Ende muß doch auch von ihr geredet werden: wenn der Eigenthümer etwa später einmal vindiciren müßte: ein Fall, in welchem ihm diese originäre Erwerbsart zum Vortheil gereichen könnte. — Daß gegen den Spezificanten einer fremden Sache, „cum sciret haec aliena esse“ ad exhibendum geklagt wird, (l. 12. §. 3. D. ad exh. 10, 4.) hindert nicht, daß er Eigenthümer sei (l. 3. §. 1. §. 9. §. 10. eod. cf. l. 23. §. 5. D. r. v. 6, 1.); auch das nicht, daß condictio furtiva und actio furti wider ihn platzgreift, wenn er „das Leder“ gestohlen (l. 13. und besonders l. 14. §. 3. D. cond. furt. 13, 1; l. 52. §. 14. D. furt. 47, 2.); denn z. B. et si apud furis heredem diem obiit servus furtivus . . condictionem adversus heredem durare. Daß dagegen noch vestis furtiva ist, wenn die Wolle gestohlen worden (l. 4. §. 20. D. usurp. 41, 3.) ist anders als aus einer Ausnahme nicht zu erklären (vgl. l. 29. §. 1. D. don. i. v. et ux. 24, 1. Si vir uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait — (Puchta P. §. 154 h. Arndts P. §. 155. Vang. Leitf. §. 310. Sell, dingl. R. S. 102. Anm.). — Natürlich kann für den Eigenthümer spezificirt sein: arg. l. 25. l. 27. §. 1 D. a. r. d. Außerdem ist für diesen, wo nicht actio ad exh. etc. hilft, — gegen den unschuldigen Spezificanten, oder für den dieser gearbeitet — nach Analogie von l. 23. §. 5. D. r. v. (6, 1.) in factum actio necessaria (vgl. Sell a. a. O. S. 104.)

Mit der Spezification wird häufig Sachverbindung (§. 49.) concurriren [z. B. *l. 5. §. 1. D. r. v. l. 7. §. 8. §. 9. l. 12. §. 1. D. a. r. d. §. 25. J. cit. (2, 1.) in fin.*] und dann im Falle, daß verschiedener Herren Sachen von einem dritten spezifizirt werden, und materia non manet, zuerst der Wille des Specificanten (l. 27. §. 1. l. 12. §. 1. D. a. r. d.), dann der der Herren (l. 7. §. 8.) und zuletzt die Verbindung selbst über das Eigenthum entscheiden.

§. 54.

3) Durch Separation und Perception — an Früchten. Unter diesen sind hier nur die s. g. naturales verstanden, [*l. 28. pr. D. usur. 22, 1. l. 9. pr. D. usufr. 7, 1: — quidquid in fundo nascitur,* — was nicht identisch ist mit dem folgenden *quidquid inde percipi potest*]. Von den „fructus" aber scheint eine Begriffserstreckung stattzufinden zu dem was „in fructu" ist; und hiezu scheinen denn auch die mineralischen Erzeugnisse, und zwar nicht blos „ausnahmsweise" (Böcking Inst. I. §. 79 a.) zu gehören: l. 7. §. 14. l. 8. D. sol. matr. (24, 3.); freilich auch nicht alle (l. 7. §. 13. cit.); gleich wie nicht alle thierischen Erzeugnisse fructus oder in fructu sind (arg. l. 12. §. 2. D. usu (7, 8). Ueber den Grund, warum partus ancillae in fructu non est (l. 68. pr. D. usufr. 7, 1.), waren die späteren Juristen nicht minder uneinig (vgl. l. 27. pr. D. her. pet. 5, 3. mit l. 28. §. 1. D. usur. 22, 1.) als die früheren über den Satz selbst (Böcking, a. a. O. not. 5: Cic. fin. I. c. 4. §. 12. „an partus ancillae sit ne in fructu habendus, disseretur inter . . P. Scaevolam, M. Manilium" vgl. l. 68. pr. D. usufr. 7, 1). Ob man diesen nun aber „aus der Natur des Nießbrauchs" (an Sclaven) ableiten kann? Für die Vorstellung des fructus sind außer der Zeugung noch andere Umstände maaßgebend; man denke nur an l. 7. §. 12. D. sol. matr. (24, 3.): — si arbores caeduae fuerint, vel cremiales, dici oportet, in fructum cedere. — Ein ursprünglich natürlicher Zusammenhang zwischen Frucht und fruchttragender Sache — wenn auch nicht gerade animalische oder vegetabilische Zeugung — ist übrigens überall wahrzunehmen, so daß si thesaurus fuerit inventus, in fructum non computabitur.

Fructus pendentes, stantes, quamdiu solo cohaerent, in utero sunt, sind pars fundi etc. (l. 44. D. r. v. l. 61. §. 8. D. furt. 47, 2.), und wenn wir den fundus als Grundeigenthum denken (s. oben S. 123.) im Augenblicke ihrer Lostrennung eine Vervielfältigung des Eigenthums. Das neue Eigenthum gehört nach natürlichem Recht dem Herrn des alten [und zwar des fruchttragenden *l. 5. §. 2. D. r. v. 6, 1. l. 25. §. 1. D. usur. 22, 1.*], nicht etwa erst zufolge Occupation, sondern im Augenblicke der Separation und quoquo modo a solo se-

parati fuerint (l. 2. l. 6. D. a. r. d. l. 25. §. 1. cit.), er wäre denn, kraft Servitut, Leihe, b. f. possessio, durch einen Dritten ausgeschlossen, entweder simul atque und quoquo modo a solo separati fuerint, („sicuti ejus qui vectigalem fundum habet“ l. 25. §. 1. cit.), oder doch von der Perception an: l. 13 D. quibus mod. (7, 4.): Si fructuarius messem fecit, et decessit, stipulam, quae in messe jacet, heredis ejus esse Labeo ait: spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse. Fructumque percipi, spica aut foeno caeso, aut uva adempta, aut excussa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit. Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit: b. f. autem possessoris mox quum a solo separati sunt. §. 36. J. div. r. (2, 1). Daran, daß der Usufructuar percipiren muß, kann uns l. 28. pr. D. usur. nicht irre machen: In pecudum fructu etiam foetus est, — — itaque agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt b. f. possessoris et fructuari (vgl. l. 4. §. 19. D. usurp. 41, 3: — — in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit); — und daran, daß der Pächter, (l. 61. §. 8. D. furt. 47, 2. §. 36. J. cit.), l. 26. §. 1. furt. auch nicht: Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia ut primum decerptus esset, ejus esse coepisset? (Puchta, Vorl. §. 150. und l. 10. eod.: cujus interfuit, non subripi, actionem furti habet). „Der Tradition vergleichbar“ (Puchta P. §. 150.) ist nun wohl die Perception des Pächters: l. 61. §. 8. cit.: — ideo colonum quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere; und derartige Fälle können auch in ungenannten Contracten vorkommen: l. 16. D. praescr. v. (19, 5.): Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo etc.; auf die Perception des Usufructuars aber paßt diese Vergleichung schon nicht mehr (Arndts, Zeitschr. f. Civilr. u. Civilpr. N. F. III. Nr. 7. zur Lehre von der Emph. S. 389 fg.); hier wären, wenn irgend etwas, nicht die Früchte, sondern das jus utendi fruendi tradirt; ist dieses einmal constituirt, so gibt es, weil keine prohibitio (vgl. l. 25. §. 1. D. loc. cond. 19, 2.), auch keine Gestattung mehr. Warum aber

hier noch Perception nothwendig, und nicht mehr beim fundus vectigalis (emphyteut.)? s. Arndts, a. a. O. S. 391. S. 394.

In keinerlei Weise aus dem Eigenthum stammt das Recht des b. f. possessor, der quod ad fructus pene domini loco, vor allem nämlich ubi und quoquo modo separati fuerint, Eigenthümer ist [*l. 25. §. 1. D. usur. 22, 1. l. 48. D. a. r. d. l. 13. D. usfr. quemodm. 7, 4.*], im Falle der Consumtion auch lucrirt [*„consumtos suos facit — lucrari oportet, si eos consumpserit“ — l. 4. §. 2. D. fin. reg. 10, 1. l. 40. D. a. r. d.*], fructus extantes aber als causa rei zufolge rei vindicatio restituiren muß: arg. §. 35. J. rer. div.: — fructus . . ejus esse . . et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest: cf. l. 22. D. pign. act. (13, 7). In Einer Stelle ist von selbständiger Vindication die Rede: l. 43. D. evict. (21, 2.) Julianus: Vaccae emtor, si vitulus, qui post emtionem natus est, evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest: quia nec ipsa, nec ususfructus evincitur. Der Ausweg von Arndts: „weil nicht jeder, der bona fide gekauft hat, auch zur Zeit der Trennung der Frucht noch b. f. possessor ist“ (Pand. §. 156. Anmerk. 3. lit. c.), ist vielleicht im Sinne der Compilation, nicht aber in dem von Julian richtig: l. 25. §. 2. D. usur. Julianus: B. f. emtor sevit, et anteaquam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat, quaeritur? Respondi: B. f. emtor quod ad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus, quem b. f. emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquiret, quamdiu a me evictns non fuerit. (Anders freilich Andere l. 48. §. 1. D. a. r. d.). Wir würden uns dem Vorwurfe „prinzipienloser Klügelei“ aussetzen, wenn wir für Kälber etwas anderes statuiren wollten, als für ihr Futter; hingegen bleibt noch übrig, daß die Kuh selbst nicht bona fide erworben, eine Stipulation ob evictionem aber daneben wohl möglich war: arg. l. 27. C. evict. (8, 45). Aus obigem erhellt übrigens, wie der b. f. possessor nur pene domini loco war, wiefern er insbesondere fructus nur „interim suos facit“ l. 48. D. a. r. d. (Paulus). Auffallend aber ist es, wenn diese Stelle fortfährt: non tantum eos, qui diligentia et

opera ejus pervenerunt, sed omnes, während Pomponius das Gegentheil sagt: l. 45. D. usur. 22, 1.: Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit ejus, siculi nec cujuslibet b. f. possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur — und auch die Institutionen §. 35. J. cit. nicht auf alle Früchte schließen lassen.

Würde der b. f. possessor blos die s. g. fructus industriales erwerben, so möchten uns auf die Frage: warum denn der b. f. possessor überhaupt Eigenthum an den Früchten erlange, die Institutionen (§. 35. J. cit.) genügende Auskunft geben: so nun aber wollen alle die Gründe, welche man aufgestellt hat, [s. Windscheid, über die Rechte des redlichen Besitzers an den Früchten, Zeitschr. für Civilr. u. Civpr. N. F. IV. Nr. 3. S. 58 — 74. Scheurl, Beitr. XI. bes. S. 296.] nicht ausreichen und mit Windscheid möchte man an der Möglichkeit dieser Erklärung verzweifeln, mit ihm sich zu Savigny schlagen, der dem b. f. possessor das in Frage stehende Eigenthum schlechthin abspricht und ihm an den Früchten nicht mehr Recht gibt, als an der Sache (die Lehre vom Besitz S. 314. bes. Anm. 1.), — mit ihm endlich in dem „fructus suos facere“ nichts anderes erblicken, als ein „consumtos lucrari“ (Windscheid, a. a. O. S. 83 fg.). So führt uns denn namentlich auch l. 4. §. 19. D. usurp. (41, 3.) in große Versuchung: Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud b. f. emtorem, contra, quoniam in fructu est nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sint; quod verum est. vgl. l. 40. D. a. r. d. — ut quo casu fructus praediorum consumtos suos faciat b. f. possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur) — in nicht viel kleinere l. 48. §. 5. D. furt. (47, 2.): Ancilla si subripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud b. f. possessorem. Sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. Sed si concepit apud b. f. possessorem, ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est,

et in foetu eorum, quod in partu. Während man hier, wie oben bei dem vitulus, abermals an einen Unterschied von Thier- und Feldfrüchten denken möchte, fährt obige Stelle fort: §. 6. Ex furtivis equis nati statim ad b. f. emtorem pertinebunt: merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numerantur in fructu — gewiß ein Corrective für §. 5. So schwer es nun aber auch bleibt, l. 4. §. 19. cit. zu erklären (s. die verschiedenen Erklärungsversuche bei Windscheid a. a. O. S. 89 fg.), so kann man doch angesichts von Stellen wie l. 13. D. usufr. quemadm. (7, 4.) in fin. l. 25. §. 1. D. usur. (22, 1.) l. 48. D. a. r. d. den sofortigen Eigenthumserwerb des b. f. possessor nicht in Abrede stellen. Gegen die Meinung insbesondere, daß der b. f. possessor blos Usucapionsbesitz auch an den Früchten habe, s. Puchta's Schlagwort, P. §. 166. e.

Darf zu den vielen Erklärungsversuchen für den Fruchterwerb des b. f. p. abermals einer beigefügt werden, so schließt sich, wie zum Theil im Namen (z. B. l. 14. §. 1. D. relig. 11, 7.), dann in der Publiciana actio (Gaj. IV. 36; l. 7. §. 11. D. Publ. 6, 2.) und in der Usucapion (Gaj. II. 41. 43.), so vielleicht auch im Fruchterwerb die b. f. possessio dem naturalen (nichtquiritarischen) ejus esse an, dessen Anrecht auf den gleichfalls naturalen Fruchterwerb nicht bezweifelt werden kann. Spuren hievon könnten in dem „etiam ex aliena re" der l. 48. D. a. r. d. in dem „nec cujuslibet b. f. possessoris" der l. 45. D. usur., vielleicht auch in l. 40. D. a. r. d. zu erblicken sein, wenn es heißt: quo casu fructus praediorum consumtos suos faciat b. f. possessor — indem der (naturale) Eigenthümer nicht erst die consumirten Früchte lucrirt. Freilich möchte dann, je mehr Eigenthum und possessio sich schieden, die Gleichberechtigung des bloßen b. f. possessor (Nichteigenthümers) beanstandet, daß er erst durch Consumtion lucrire, festgestellt, und dann auch in Frage gekommen sein, ob er alle, oder blos mehr zum Lohn nur einige Früchte gewinne. Wer dieser Entwicklung folgt, müßte sich für diesen letzteren beschränkteren Erwerb entscheiden.

§. 55.

4) Durch Tradition — sofern diese nicht blos possessionis, sondern rei (d. i. dominii) traditio (translatio, alienatio)

ist [vgl. *l. 38. §. 1. D. a. v. o. poss. 41, 2. — l. 9. §. 3. D. a. r. d. 41, 1. l. 7. C. reb. alien. non alien. 4, 51.*]. Uebrigens ist „dominii traditio" eine Metapher; in Wirklichkeit ist nur eine corporis, keine dominii traditio möglich. Die dominii traditio enthält aber in Wirklichkeit 1) den Satz, daß Tradent Eigenthümer sein müsse (l. 11. §. 2. D. a. e. e. v. 19, 1. l. 20. pr. D. a. v. d. 41, 1.); 2) einen Verzicht des Tradenten auf sein bisheriges Eigenthum: der aber in Werken besteht, nicht in bloßen Worten: l. 17. §. 1. D. a. v. a. p. (41, 2.): Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit, ut quisque constituit, nolle possidere — 3) zu Gunsten des Empfängers (vgl. Scheurl, Beitr. VIII. S. 202.) — 4) eine Annahme des letzteren, die wiederum nicht blos nuda voluntas ist (Ulp. XIX. 7.), wie die solennen Geschäfte andeuten: Gaj. I. 119. II. 24: — rem tenens ita dicit etc. Hieraus folgt denn von selbst, daß dominii traditio zugleich possessionis traditio sei und sein müsse; daß der metaphorischen dominii traditio eine wirkliche corporis traditio (freilich selbst bei Mobilien nicht nothwendig ein buchstäbliches tradere) zu Grunde liege; „traditionibus et usuc. dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" (l. 20. C. pact. 2, 3). Nur interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam Veluti si rem, quam commodavi . . tibi, . . vendidero tibi. licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio. l. 9. §. 5. D. a. r. d. 41, 1. l. 21. §. 1. eod. Neben dieser s. g. brevi m. tr. ist des constitutum poss. und der tacita traditio in l. 1. §. 1. l. 2. D. pro socio (17, 2.) zu gedenken. Nach obigem werden sich dann aber auch Aussprüche der Quellen, welche unerklärbar sind, so lange man in der „Uebertragung" des Eigenthums anstatt des Bildes den Begriff zu haben meint, von selbst erklären: l. 35. D. a. r. d. Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint: non recessit ab eis dominium; ... quia nemo errans rem suam emittit (al. amittit). Vergebens flüchtet man zu einem error in corpore (wie Savigny, Syst. III., Beil. VIII. S. 355. Anm. b.) und ohne Noth zu einer neuen Irrthums-Gattung:

„im Eigenthum“ (Vang. §. 311. Anm. 3.); die Tradition ist ein Verzicht des Tradenten auf sein Eigenthum. Nun steht l. 35. cit. in keinem Conflicte mehr (Schult. Small. Notae ad Dig. ad h. l.) zu l. 49. D. mand. 17, 1: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, cum forte is cui heres extiterit, eum emisset; de jure evictionis et mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam: et ideirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem (al. venditorem) testatoris sui habet ex emto, jure hereditario, actionem. Denn aus demselben Grunde: weil die Tradition ein Verzicht des Tradenten auf sein Eigenthum ist, — bleibt Titius im ersten und im zweiten Falle Eigenthümer; nur daß etwas hinzukommt, was seiner Vindication im Wege steht (vgl. Puchta, Vorl. 4. Aufl. I. Beil. XV. Scheurl, Beitr. a. a. O. S. 197). Derselbe Grund hält den Eigenthumsübergang auch in l. 15. §. 2. D. c. e. (18, 1.) auf: Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire; quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire. Et ideo etiam si donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas, idem dicendum erit. —

Ohne causa ist unser Geschäft undenkbar, gleich jedem anderen; aber ob auch auf sie der Consens der Parteien sich erstrecken müsse? l. 36. D. a. r. d. (41, 1.) Jul.: Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus; — wogegen l. 18. pr. D. r. cr. (12, 1.) Ulp.: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi

mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto,' nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti (die neueste Vermittlung s. Vang. §. 311. Anm. 3., wogegen Puchta, Vorl. I. Beil. XV.). Wir müssen einen Widerspruch — nicht eine bloße Modification — annehmen, schon aus allgemeinen Gründen aber an l. 36. pr. cit. festhalten. — Hiernach wird sich dann auch entscheiden: ob eine causa wirklich, (re, veritate), nicht blos eingebildetermaßen (opinione) da sein müsse? Man bedenke indebiti solutionem. Wem Paulus (l. 31. pr. D. a. r, d.): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua (alia qua) justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur — das Gegentheil zu sagen scheint, der bedenke, worauf in diesen Worten des Paulus sich der Gegensatz bewegt und worauf also der Nachdruck liegt. Nebenbei bemerkt hat Paulus auch darin a potiori gesprochen, daß er die nuda traditio nachfolgen läßt. — Wenn wir weiter fragen, worin denn die causa der Tradition bestehe, so scheint dazu alles zu genügen, was diesen zum Aufgeben, jenen zur Annahme des Eigenthums bewegt (solvendi, credendi, donandi causa — l. 65. §. 4. D. ad S. C. Treb. 36, 1.) (Warnkönig, Archiv f. civ. Pr. VI. Nr. 4. S. 115; Puchta P. §. 148, 2. Abs. Nr. 3.); allein offenbar hat Paulus a. a. O. (vgl. Ulp. XIX. 7.) in seiner „justa" causa noch etwas mehr gefordert; derartig natürlich bewegende Ursachen könnten da, und doch nicht die „rechten" sein, z. B. gewisse Liberalitäten. Also wird zwar keine wahre, aber eine „rechte" causa gefordert. — Indem Paulus der nuda (d. i. corporis) traditio die justa causa gegenüberstellt, denkt er in letzterer nicht blos das „Motiv" des erforderlichen Willens, sondern zugleich mit dem Motive den Willen selbst, aber in der concreten Fassung einer venditio etc. (vgl. Puchta, P. §. 148).

Einen Uebergang von bloßer Dereliction zur Tradition enthält der s. g. jactus missilium: l. 5. §. 1. D. pro derel. (41, 7.) l. 9. §. 7. D. a. r. d.; in Anspruch genommen besonders im Interesse der (von uns oben §. 27. zugleich mit der im Besitz behandelten)

Stellvertretung: zur Erhärtung des Satzes, daß Tradent nicht gerade „ein bestimmtes, ihm bekanntes Individuum müsse zum Eigenthümer machen wollen" (Puchta a. a. O. not. k.), also einen Principal zum Eigenthümer machen könne, den er weder kenne noch denke; denn „interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem (l. 9. §. 7. cit.). Allein allerdings „läßt sich bezweifeln, ob diese Stelle geradezu die Frage beantworte, welche wir aufgeworfen haben" (Scheurl a. a. O.); denn der jactus missilium ist gerade darum ein bloßer Uebergang zur Tradition, weil zu Gunsten einer incerta persona Eigenthum aufgegeben wird; wo wir die entschiedene Tradition haben, ist eine certa (übrigens nicht gerade „bekannte") persona unumgänglich. Ueberhaupt aber ist die Frage, welche sich bei der Stellvertretung aufwirft, eine andere; nämlich nicht die, ob an eine incerta persona tradirt werden könne; sondern: ob an eine certa persona mit der Wirkung tradirt werden könne, daß durch diese, auch ohne Wissen und Wollen des Tradenten ein Anderer sofort Eigenthümer werde. So zweifelhaft uns dies wegen l. 59. u. l. 13. D. a. r. d. für das römische Recht auch sein mußte (§. 27. S. 69. unten, vgl. Scheurl a. a. O. S. 209 fg.), so werden wir doch die Köchin nicht zur Eigenthümerin der Hühner machen, die sie vom Markte heimträgt. Was endlich die Meinung des Empfängers über das Recht des Tradenten anlangt, so ist plus in re quam in existimatione mentis (l. 9. §. 4. D. jur. et f. ign. 22, 15).

§. 56.

5) Durch Adjudicatio (§. 4—7. J. off. jud. 4, 17. Ulp. XIX, 16.) — welche zwar nur kraft bisher vorhandenen Eigenthums (arg. l. 17. D. usurp. 41, 3.), dann aber ohne weiteres [*§. 7. J. Ulp. citt.* — also ganz anders als *divisio sine judice: l. 45. D. pact. 2, 14.*] Eigenthum zu bewirken [nicht blos zu declariren, vgl. *l. 35. §. 1. D. r. v. l. 8. §. 4. D. si serv. 8, 5.*] vermag.

6) Durch Zuschlag des Pfandes an den Gläubiger [*addictio pignoris in causa judicati capti l. 15. §. 3. D. re jud. 42, 1. l. 3.* (nicht *l. 2.*) *C. si in causa jud. 8, 23;* Adjudiction eines *voluntarium pignus l. 3. §. 3. C. de jure dom.*

impetrandi 8, 34.], — ferner durch die s. g. missio in poss. ex s° decreto damni inf. nomine soll (s. z. B. Puchta P. §. 153. vgl. Rubr. von §. 151. Arndts, P. §. 148.) der Eigenthumserwerb gleichfalls sofort erfolgen, der Unterschied also, den z. B. l. 15. §. 6. D. re jud. macht [*si post addictum pignus . . . quum semel emtio perfecta sit; . . . certe posteaquam inductus est emtor in possessionem etc.*], hier ohne Bedeutung sein. Indessen ist jenes s^m^ decretum ein possidere jubere (l. 15. §. 21. D. damni inf. 39, 2. s. oben S. 109.), das hierauf erlangte dominium (§. 33.) selbst eine possessio gewesen (vgl. l. 14. §. 1. D. relig. 11, 7. Mayer, über das duplex dominium des R. R., Zeitschr. f. g. R. W. VIII. bes. S. 61.), mithin unmöglich ohne possessio entstanden (l. 13 §. 26. D. d. inf.: — nec jubendum possidere: nec enim dominium capere possidendo potest —). Gleiche Bewandtniß hat es zweifelsohne mit der pignoris addictio in c. j. c. [*l. 3. C. h. t. 8, 23. a. 239. In causa judicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi, quam jure dominii possideri consueverunt* — vgl. *l. 15. §. 33. D. damni inf. cit. Posteaquam . . quis possidere jure dominii a, Praetore jussus est*]. Nichts anderes als diese addictio ist aber auch der kaiserliche Zuschlag (l. 1. C. h. t. 8, 34. in fin.), und das hierauf erlangte Eigenthum abermals ein „dominii jure possidere" [*l. 1. l. 2. C. eod. a. 238: Si creditor pignus jure dominii a nostra serenitate possidere petiit* —], und noch von Justinian überall so bezeichnet (l. 3. pr. §. 2. eod.).

7) Eigenthümlich ist der Erwerb des Eigenthums, das eine Oratio D. Marci dem Miteigenthümer eines Hauses gab; finge enim malle eum magis suum consequi, quam dominium insulae (l. 52. §. 10. D. pro socio 17, 1.); non necessario extra ordinem tibi (der sumtus wegen) subveniri desideras; etenim . . . jus dominii pro solido vindicare vel obtinere . . poteris (l. 4. C. aedif. priv. 8, 10.); man kann das Wort der Proculejaner beim Vindicationslegat auf ihn anwenden: non aliter rem legatarii fieri, quam si voluerint ad se pertinere (Gaj. II, 195). Bezüglich

8) einer anderen Verwirkung dagegen heißt es l. 14. D. de publicanis et vectigalibus et commissis (39, 4.): — quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit

dominiumque rei vectigali (vectigalis Hal. Vulg.) acquiritur; und das gilt auch von der durch eine zweite oder vorzeitige Ehe [*Nov. 22. c. 23. — ac statim ab eo tempore, quo mater alii viro juncta est, proprietatis erunt domini* —].

9) Auch Universalsuccession und Erwerb eines Vermächtnisses können zugleich Eigenthumserwerb sein. Doch hievon im Erbrecht.

§. 57.

10) Durch Ersitzung (usucapio — longo tempore capio). Die Alten denken sie das Eine Mal nicht so sehr als Erwerb, denn als „finis sollicitudinis ac periculi litium“ Cic. pro Caec. c. 26. §. 74. Gaj. II. 44, — ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficerent domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est. l. 1. D. usurp. et usuc. (41, 3.) l. 5. pr. D. pro suo (41, 10); nur folgeweise, um dem Streit ein Ende zu machen, nimmt und gibt sie auch allenfalls Eigenthum (Puchta, P §. 155. Curs. der Inst. §. 239). Das periculum litium aber möchte man sich leichter vergegenwärtigen können, wenn, was derivative Erwerbsarten anlangt, die dominii probatio keine diabolica, sondern umgekehrt dem Kläger nicht so sehr schwer, für Kläger und Beklagten aber von ungewißem Erfolg war. — Ein ander Mal ist usucapio eine adjectio (adeptio Ulp. XIX, 5) dominii per continuationem possessionis temporis lege definit — demnach sofort als Erwerb gedacht. Dort sollte sie den Streit enden, hier streitbar machen, statt unvollständiger Gewere (Publ.) vollständige (rei vindicatio) verschaffen und auch wohl einmal (vor der Publ.) Gewere geben, wo noch gar keine war. So hatte die Usucapion doppelten Dienst (Gaj. II., 40—44), und hat ihn noch.

Neben der usucapio, für Fälle in denen diese nicht anging (Gaj. II. 46. Cic. off. I. 12. vergl. Unterholzner, Verj. L. I. §. 10) bestund, wir wissen nicht wie frühe (vgl. l. 76. §. 1. D. c. e. 18, 1. Paulus. Unterh. a. a. O.), übrigens nicht gleich von Anfang an auch für Mobilien (l. 9. l. 3. D. div. temp. pr. 44, 3.) eine longi temporis praescriptio, welche, auch als bloße Klagsverjährung gedacht, durch Ausschluß der rei vindicatio den einen Zweck der usucapio, Sicherung im Besitz, bis auf ein gewißes erreichen mußte. Allein von jeher mag man von

ihr mehr als von einer bloßen temporis praescriptio gefordert, nicht nur den langen Besitz, sondern auch causam possessionis und bonam fidem, wie bei der usucapio, verlangt, hiefür ihr aber auch die vollere Wirkung einer usucapio, wenn auch nur mittelbar, gegeben haben: etwa so, daß der ohnehin mit Publiciana in rem actio versehene b. f. possessor die l. t. praescriptio gegen die exceptio dominii als Replicatio verwerthen konnte (vgl. Unterh. II. §. 174); vielleicht auch griff utilis rei vindicatio platz (Sell, dingl. R. S. 125). Irgend eine vindicatorische Wirksamkeit dieser longi temporis possessio bezeugt Justinian ausdrücklich: er selbst verordnet eine unmittelbare rei vindicatio: l. 8. C. praescr. 30. vel 40. ann. (7, 39.) a. 528. Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam b. fide per 10 vel 20 annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus vel creditores hypothecam ejus praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.

Nachdem hierauf durch l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo (7, 25) beseitiget war, was allein das Nebeneinander dieser neueren provinzialen, und jener alten italischen Ersitzung noch halten konnte, erfolgte die Vereinigung beider: l. unic. C. de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum (7, 31) a. 531:

„Cum nostri animi vigilantia ex jure Quiritium nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, 10 vel 20 vel 30 annorum, vel si quae sunt aliae majoris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere: sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. §. 1. Ideo per praesentem legem et in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus: ut tantummodo et his 10 vel 20 vel 30 annorum

et aliarum exceptionum tempora currant, hujusmodi angustiis penitus semotis. §. 2. Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae, vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant non tantum in italico solo nexu, sed in omni orbe terrarum, esse et hanc annali tempore concludebant; et eam duximus corrigendam: ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, siv in italica, sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit; is firmo jure eam possideat, quasi per usucapionem eam acquisitam. §. 3. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio: et ut continuetur ei possessio etiam anterioris justi possessoris, et connumeretur in decennium, vel viginti annorum spatium, vel tri(c)ennium. Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus: ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. §. 4. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis jactura et ejus jura nocentia. Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est, et merito antiquari oportet: ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis."

Die Vereinigung der beiderlei Ersitzungen ist darnach nichts anderes, als eine Ausgleichung der Fristen (vgl. pr. J. h. t.); was sollte sie, nachdem die l. unic. C. de nudo jur. Quir. toll. ergangen war, viel anderes sein? die Grundlagen wenigstens waren für beide schon vordem dieselben. Etwelche Eigenthümlichkeiten außerdem brachten sie allerdings mit sich. Woran sich halten, woferne wir nicht ausdrückliche Entscheidung haben, wie im §. 2. cit.? Es scheint uns nun zwar richtig, daß man desfalls weder der alten usucapio, noch der longi t. pr. schlechthin den Vorzug geben dürfe (Arndts §. 157. Anm. 6.); wenn aber Eigenthümlichkeiten der l. t. praescriptio vorkämen, die lediglich auf ihrer Eigenschaft als praescriptio beruhten, möchte besser von ihnen Umgang genommen werden, da das neue Institut denn doch eine Ersitzung sein soll.

Wir nennen letzteres fortan ununterschieden Usucapio, wiewohl die Compilatoren diesen Namen mit seltener Ausnahme (pr. J. h. t.) nur auf die Ersitzung der Mobilien anwandten. Von der s. g. a. ordentlichen Ersitzung sehen wir vorläufig ab.

§. 58.

Grundlage derselben ist ein gewisser Ansatz zum Eigenthum (so daß man sie wohl „adjectio“ dominii nennen möchte) — eine Mittelstufe zwischen Besitz und Eigenthum, auf der wir bereits eigenthumsähnliche Macht (§. 52. S. 186.) antrafen — ein Mittelding zwischen Besitz und Eigenthum, das, äußerlich betrachtet, ebensowohl Eigenthum sein kann, als nicht — b. f. possessio. In dieser b. f. possessio liegt nun aber

1) possessio (l. 25. D. h. t.: Sine possessione usucapio contingere non potest), deren Art zwar schon aus diesem Namen, mit völliger Sicherheit aber daraus erhellt, daß sie überall ein pro suo possidere sein muß l. 13. pr. §. 2. D. h. Von ihrer Nothwendigkeit gibt es nur Eine Ausnahme, und selbst diese ward von den Römern nicht als solche gedacht: l. 16. D. h. t. In der b. f. p. liegt

2) eine „causa possessionis“, (z. B. l. 29. D. usurp. l. 2. §. 1. D. pro emt.) d. i. ein Besitzerwerb, der seiner Art nach auch Eigenthumserwerb sein könnte: so daß, wer pro possessore besitzt, keine causa poss. hat (l. 13. pr. D. her. pet. 5, 3). Alle Eigenthumserwerbsarten müssen auch causae possessionis sein; dagegen können nicht alle Eigenthumserwerbsarten auch causae usucapionis sein: so diejenigen nicht, welche (wie die Spezification) nothwendig zu sofortigem Eigenthum, oder (wie die körperliche Verbindung) nur zur Erweiterung oder Veränderung des Eigenthums führen. Von den einzelnen causae poss. (D. 41, 4 — 10. l. 46. D. h. t. l. 3. §. 21. §. 22. D. a. v. a. p.) hat die pro suo dreifache Bedeutung: l. 1. pr. l. 5. pr. D. pro suo 41, 10; l. 2. eod.; l. 5. §. 1. l. 4. §. 2. eod.; — die pro herede nach Wegfall der alten lucrativa pro her. usucapio (Gaj. II. 52 fg.) nunmehr beschränkte, überdies zweifelhafte Anwendung; denn Einen Fall der noch denkbaren Anwendung nimmt die successio in usucapionem hinweg, einen anderen die Succession in die vitia defuncti [*usucapere non poterit, quod*

defunctus non potuit, l. 11. D. div. temp. 44, 3.]; ein dritter Fall: si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit — setzt voraus, daß nicht schon der Erblasser besessen hat [vgl Roßhirt, über die *usuc. p. h.* civ. Arch. *IX. I.* §.6. §.17. S.21. Wang. §.320. Anm.1,1.] und ist der Puchta'schen Einwendung (Vorl. §. 157.) ungeachtet, als pro herede usucapio zu erachten l.. 3. D. pro her. (41, 5.) und mit l. 4. C. pro her. (7, 29.) nicht unvereinbar: Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest: nec prodesse neque tenenti neque heredi ejus potest; nec obtentu velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur [Roßhirt, a. a. O. S. 26. Arndts, über die U. *pro h.* Rh. Mus. *II.* S. 125. 126.]; in einem vierten und letzten Falle (l. 33. §. 1. D. h. t.): Si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit — ist [wegen *l. 4. C. in quib. caus. cessat longi temp. praescr 7, 34.* und *l. 7. C. her. pet. 3, 31.*] nur streitig, aber kaum zweifelhaft, ob durch diese Usucapion hereditatis petitio ausgeschlossen werde (Roßhirt a. a. O. §. 8.) oder nicht (Arndts, a. a. O. S. S. 127 fg. Wang. a. a. O. Anm. 1. Nr. 2.). — Daß in dem Falle „wo Jemand, übrigens ohne unrechtliche „Absicht, eine Sache (als die seinige) gerichtlich in Anspruch „nimmt, ohne selbst fest überzeugt zu sein, daß sie ihm gehöre, „weil er auch ein zweifelhaftes Recht nicht aufgeben will, . . „die richterliche Entscheidung" zur causa poss. (pro judicato) werden könne (Arndts, Arch. f. civ. Pr. XIII. 15. S.285.), widerspricht unserer Grundlehre, indem eine Sentenz, die weder Eigenthumserwerbsart, noch Grund zum Eigenthumserwerb (vermittelst Tradition) ist (s. oben S. 203. Nr. 5.), zur causa poss. würde. Nichtsdestoweniger wagen wir das Dasein eines solchen Besitztitels nicht in Abrede zu stellen, nicht sowohl wegen l.3. §. 1 D. Publ. (6, 2.) in fin., wo die causa judicati wahrscheinlicher bloße Spezifizirung der causa solutionis ist (vgl. l. 4. l. 5. eod.; Scheurl, Beitr. II. S. 85.), als wegen l. 13. §. 1. D. jurej. (12, 2.) und l. 33. §. 3. D. usurp. (vgl. l. 29. eod. l. 8. C. usuc. pro emt. 7,26.), wornach es den Anschein hat, als ob nicht nur das Urtheil, sondern auch Transaction und Eid als Besitz-

titel — vielleicht als Surrogate ursprünglicherer Besitztitel gegolten hätten (s. im übrigen Vang. §. 320. Anm. 3.). — Nemo sibi causam possessionis mutare potest: l. 33. §. 1. D. h. t. l. 19. §. 1. l. 18. pr. D. a. v. a. p. 41, 2. l. 2. §. 1. D. pro her. 41, 5. l. 22. pr. D. prec. 43, 26. Savigny, R. d. Besitzes S. 75. lit. c. — „Justa" causa p. scheint lediglich den Gegensatz der erlaubten zu den unerlaubten causae auszudrücken; unter letzteren werden wir aber nicht nur diejenigen zu denken haben, welche keine Eigenthumserwerbsarten, und nach anderweitigem Sprachgebrauch keine causae p. sind [*l. 7. C. aeq. et ret. p. 7, 32. l. 24. C. r. v. 3, 32. l. 13. §. 1. D. Publ. 6, 2. l. 8. C. usuc. pro emt.*], sondern auch Eigenthumserwerbsarten, welche personen= oder umständehalber (jure singulari) verboten sind. Auch diese letzteren sind entweder keine, oder keine rechten causae poss. z. B. l. 1. §. 2. D. pro don. 41, 6.

Daß es gleichgültig sei, ob die causa poss. blos in der Meinung des Besitzers, oder in der That existire, ist niemals Rechtens geworden [*l. 27. D. usurp. l. 1. pr. D. pro don. 41, 6. l. 2. D. pro leg. 41, 8. l. 6. D. pro derel. 41, 7. l. 5. C. praescr. l. temp. 7, 33. §. 11. J. usuc. 2, 6.*]; dabei aber, daß „verus titulus" (l. 5. C. cit.) unumgänglich sei, ist es auch nicht geblieben: l. 11. D. pro emt. Quod vulgo traditum est, eum qui existimat, se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emtor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur l. 5. §. 1. D. pro suo (41, 10.): — quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. l. 2. §. 15. D. pro emt. — quodsi scias, pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administare, non capies usu, quia juris error nulli prodest. l. 4 — l. 6. l. 9. D. pro leg.

Die causa possessionis müssen wir unterscheiden von der causa usucapionis (auch titulus usuc. z. B. l. 1. pr. D. pro dot. 41, 9.); damit eine causa usucapionis da sei, ist außer der possessio, und der causa possessionis

3) bona fides erforderlich: l. 2. §. 1. D. pro emt. Separata est causa possesionis et usucapionis; nam vere di-

citur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum, qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat. Nach anderer Auffassung steckt in einem solchen Käufer ꝛc. nichts als ein verkleideter pro possessore possidens, also einer, der nicht einmal possessionis causam hätte (l. 13. §. 1. D. her. pet. 5, 3. l. 33. §. 1. D. h. t. 41, 3.). Die Definition der b. fides aber lautet: B. fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse (l. 109. D. v. s. vgl. l. 27. D. c. e. 18, 1.). „Der gewöhnlichste Fall „der U. ist . . . der, wo die Sache durch einen Nichtberechtig„übertragen worden ist. Um diesen Mangel darf der Usuca„pient nicht wissen, oder was ganz dasselbe sagt, muß „glauben, der Autor sei der Berechtigte. Daß die Römer ge„rade dies speziell unter b. fides verstanden haben, ist nachzu„weisen. Wir berufen uns hiefür zunächst auf die Legaldefini„tion in l. 109. D. v. s.“ (Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der R. Usucapionslehre. Heidelb. 1852). Hiernach bestünde zwischen jenen zwei Gliedern der Definition kein anderer Unterschied, als daß das eine negativ (ignoravit), das andere positiv gefaßt wäre (putavit) (vgl. auch Scheurl, Beitr. II. S. 67. — in der Recension Stintzings). Uns dagegen beruht der Unterschied nicht in dem ignorare und putare, sondern in dem rem alienam esse, und in dem jus vendendi habere. Die b. f. ist ein Glaube: entweder an das Eigenthum des Auctors [vgl. u. a. *pr. J. usuc. — cum crediderit eum dominum esse — l. 2. §. 8. §. 17. D. pro emt. l. 19. §. 3. D. neg. gest.3, 5.*], oder an die Dispositionsmacht des veräußernden Nichteigenthümers [*jus vendendi — puta procuratorem aut tutorem esse* vgl. *l. 7. §. 6. D. pro emt.; §. 5. eod.; §. 2. eod.; l. 13. §. 2. D. Publ. fr. Vat. §. 1.*]. Bei originärem Besitzerwerb ist nur erstere Richtung der b. f., natürlich in etwas anderer Fassung (rem liberam esse), denkbar; bei derivativem muß außer dem Glauben an das Eigenthum des Auctors oder an die Vollmacht seines Vertreters auch noch der an die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit des Auctors selbst in Frage kommen. Auch ihn noch scheinen die Quellen einmal bonam fidem zu nennen [*l. 13. §. 1. D. usurp. Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse re-*

sponsum est, vgl. l. 7 §. 2 §. 4 D. Publ.], wiewohl er mit dem Glauben an die causa possessionis zusammenfällt und anderwärts (l. 2. §. 15 §. 16 D. pro emt.) auch lediglich als solcher behandelt wird. Hat Stintzing oben die Definition der b. f. zu enge gefaßt, so müssen wir ihm dagegen beipflichten, wenn er eine andere, durch Möllenthiel (über die Natur des g. Glaubens §. 4.) in Aufschwung gebrachte, viel zu weite Definition verwirft (S. 60.): die Definition nämlich: b. fides sei der Glaube, Eigenthümer zu sein [s. z. B. Puchta P. §. 157. Arndts P. §. 160. Schmid, Handb. §. 14. Nr. 3. Scheurl, Beitr. II. S. 54. unten. Böcking, Inst. §. 147. vgl. §. 146. §. e.]. Möllenthiel führt für diese Bedeutung der b. f. l 48. D. usurp. l. 5. C. in quib. caus. cess. l. temp. pr. (7, 34.) und l. 20. §. 12. D. h. pet. an. Allein in l. 48. cit. mußte er der Lesart sufficit . . me putare, tuum esse das gleich von Torelli bekreuzte meum esse vorziehen; in l. 5. C. cit. liegt der Nachdruck nicht etwa auf liberum existimans, sondern auf non pro derel. habitum, sed ab hostibus vulneratum; l. 20. §. 12. cit. endlich identifizirt allerdings den hereditatis b. f. possessor mit dem qui se heredem existimasset; allein hier ist auch ein Fall, wo das ignorare alienum esse mit dem putare suum esse, so viel uns dünkt, nothwendig zusammenfällt. Dies läßt sich aber nicht allgemein behaupten. Behaupten läßt sich nur, daß wer in b. fide ist, mehrentheils sich für den Eigenthümer halten wird; daß er es aber überall müsse, ist unwahr. Sollte in den Quellen irgendwo b. fides mit dem Glauben Eigenthümer zu sein identificirt werden, so läge der Grund hievon in dem, wenngleich häufigen, so doch zufälligen, äußeren Zusammentreffen, nicht in einer begrifflichen Einheit derselben. Zunächst einen Beleg für unsere Behauptung: l. 44. §. 4. D. usurp. Filusf. emtor alienae rei, cum patremf. se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere; cur non capiet usu, cum b. fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit. Hier ist Einer in b. fide, der sich nicht einmal für den Besitzer, geschweige denn für den Eigenthümer hält. Erklärlich aber ist dieser Unterschied vor allem dadurch, daß die b. fides als ignorare rem alienam esse kein Glaube an das eigene Eigenthum,

sondern ein Glaube an das E. des Auctors ist; und daß zu der Vorstellung, man sei Eigenthümer, außer dem Glauben an das Eigenthum und die Fähigkeit des Auctors, oder an die Vollmacht seines Vertreters noch ein und der andere Glaube gehört: ein Glaube an die eigene Person (Fähigkeit — l. 44. §. 4. cit.) — ein Glaube an die causa (an ihr Dasein sowohl, als ihren rechtlichen Bestand). So können wir den Glauben, man sei Eigenthümer, einen dreieinigen nennen; nur ein Theil desselben hat den Namen bona fides, und — was mehr sagen will — nur Einer verdient ihn. Diese fides ist eine den Menschen und Göttern gegenüber; sie verletzt nicht, wer in seinem Auctor den Berechtigten und Ermächtigten sieht, mag er nun seiner eigenen Person und der Wirksamkeit des Geschäftes trauen oder nicht. So kann in mala fide denn auch nur sein, wer sich geflissentlich an fremdem Gute vergreift; das thut aber derjenige, welcher von dem Eigenthümer, oder seinem Stellvertreter zu erwerben glaubt, überdieß einen wie den andern für handlungs- oder dispositionsfähig — oder die Sache für eine res libera hält, nimmermehr, mag er nun von seiner Person und seinem Erwerb sonst denken was er will.

Entweder hat Stintzing seine richtige Einsicht in die Bedeutung der b. fides nicht vollends erschöpft, oder er war gegen die vorher bekämpfte Meinung zu nachgiebig. So bezeichnet er S. 60 die b. fides „als Nichtwissen von dem Unrechte des Auctors und als Nichtwissen von den Fehlern des Erwerbsactes," womit die Grenze der b. fides nicht nur wiederum ungenau, sondern auch viel zu weit ausgesteckt ist. Dann muthet er Besitzern, welche nach seinem eigenen Urtheil bonam fidem haben, gleichzeitig malam fidem zu (§. 19), was undenkbar wäre, wenn er nicht gleichzeitig zweierlei b. fides in sich trüge, die römische, echte, und die falsche, moderne. Damit hängt es denn auch zusammen, daß er eine (auch sonst nicht leichtzufassende) Regel aufstellt, wornach es sich im einzelnen Falle entscheiden soll, ob bona fides nothwendig sei, oder nicht (§. 17).

Halten wir an der römischen Definition von b. fides fest, so gibt es (vergl. Stintzing §. 15.) keine Usucapion ohne b. fides; l. 28. D. nox. act. ist keine Ausnahme von diesem Satze, sondern von dem andern: daß scire alienum esse, m. fides sei. Diese Unerläßlichkeit der bona fides im entwickelten Recht unterstützt Scheurl's Gründe (a. a. O. §. 1—11) wider die Stintzing'sche

Usucapionsgeschichte (a. a. O. §. 4—14), nach welcher b. fides nicht von jeher erforderlich gewesen sein soll. Meistens ist sie mit einer causa possessionis, wenigstens mit einer geglaubten, verknüpft; dieser aber weder unter, noch über, sondern beigeordnet. [S. dagegen Stintzing und Scheurl a. a. O. §. 16] Daß die causa poss. nur eine Begründung der b. fides sei, konnten nur, mußten aber auch diejenigen behaupten, welche die b. fides als Glauben „Eigenthümer zu sein" definiren. Der Glaube an die causa possessionis ist, wir wiederholen es, nicht b. fides; er kann fehlen; aber wo der Glaube an die causa possessionis fehlt, da muß sie selber da sein. Ist es doch ein ursprünglich wohl ausnahmsloser Satz gewesen, daß causa poss. in Wahrheit da sein müsse (s. oben S. 210); dann sollte der Glaube an sie sie selbst entbehrlich machen können; allein daß zudem, daß sie da sei, auch der Glaube an sie gehöre — ein solcher Satz hat erweislich nie bestanden, im geltenden Rechte besteht das Gegentheil. Hieher gehören die denkwürdigen Stellen l. 2. §. 2. D. pro emt. 41, 4; l. 3. D. pro don. l. 25. D. don. i. v. et u. (24, 1). Eine weitere, nicht minder interpretationswürdige Stelle — l. 32. §. 1. D. usurp. cf. l. 48. pr. D. a. r. d. — kann dieses Resultat nicht erschüttern. Der Glaube an die eigene Fähigkeit, wir wiederholen es, ist nicht b. fides. Auch er kann fehlen: l. 44. §. 4. D. usurp. (s. oben S. 212). Freilich sie selbst kann durch Glauben nicht ersetzt werden.

Wo der Glaube an die causa p. diese selbst ersetzen soll, da muß der in solchem Glauben waltende Irrthum ein probabilis error, darf also namentlich nicht juris error sein [vergl. oben S. 210. dazu noch *l. 31. pr. D. h. t.*] Ob aber auch der in der bona fides, wenn diese zur U. verhelfen soll? In den Prozeß übersetzt (vergl. l. 30. C. evict. 8, 45), lautet diese Frage: dringt Probant mit dem Beweise der mala fides durch, wenn er Umstände darlegt, unter welchen Probat nur bei grobem (also nicht wohl glaubhaftem) Irrthume den Auctor für Eigenthümer, veräußerungsmächtig, oder die Sache für frei halten konnte? Soviel müssen wir nun allerdings einräumen, daß die Quellen den zur b. fides (wo diese zur U. verhelfen soll) erforderlichen Irrthum nicht besonders normiren (Stintzing S. 65); daß sie uns aber aus Stellen wie l. 33. §. 1. in fin. D. usurp. l. 2. §. 8.

D. pro emt. l. 19. §. 3. D. neg. gest. (3, 5) etc. und besonders aus der sehr beachtenswerthen l. 5. pr. D. pro derel. (41, 7) darauf schließen lassen, daß justa causa erroris hier nicht erforderlich und error juris sachdienlich sei (Stintzing a. a. O.), kann nicht zugegeben werden (vergl. Scheurl, a. a. O. §. 16. fg.). Dagegen ist zu bemerken, daß l. 31. pr. l. 32. §. 1. D. h. t. und l. 4. D. jur. et f. ign. (22, 6) vom Irrthum in Usucapionen überhaupt reden, und irgend ein genügender Grund für Abweichung bei der b. fides namentlich aus jener practischen Seite der Frage nicht entnommen werden kann. [Scheurl, a. a. O. Savigny, Syst. III. S. 372. fg. Herrmann, Beitr. zur L. v. Irrthum im Civilr. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. R. F. IV. Nr. 12. S. 362. fg.]

„Wo der Titel ein vom Besitzerwerb getrenntes Geschäft „ist, wie beim Kauf, muß auch bei diesem schon die b. f. existi„ren." So verallgemeinert Puchta (Inst. II. §. 239 nn.), was beim Kaufe gilt: l. 48. §. 1 D. usurp. l. 2. pr. D. pro emt. — allein mit Unrecht (vgl. l. 15. §. 3. D. usurp. Scheurl, a. a. O. §. 14). — Trennt sich die erwerbende Person, (bei Stellvertretung und Peculiarerwerb): wer muß bonam fidem haben? l. 2. §. 12. D. pro emt. Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius, quam servi voluntatem spectandam ait; quodsi peculiari, tunc mentem servi quaerendam ... Hiemit enge zusammen hängt es, wenn ut ignorantes usucapiamus, in peculiaribus tantum rebus receptum est (l. 47. D. h. t. l. 8. pr. eod. l. 1. §. 5. l. 49. §. 2. D. a. v. a. p. l. 2. §. 11. D. pro emt.) Tutoren und Curatoren müssen aber gleich den Vertretern juristischer Personen (l. 1. §. 22. l. 2. D. a. v. a. p.) eine Ausnahme machen (vergl. l. 13. §. 1. D. a. r. d.). Daß übrigens beim Peculiarerwerb auf die fides des Gewalthabers gar nichts ankomme, war in l. 2. §. 12. Dr pro emt. nicht gemeint (vgl. l. 2. §. 13. § 14. eod. l. 43. §. 1. D. h. t.)

§. 59.

Auf der im vorigen §. beschriebenen Grundlage wird usucapirt — hiemit Eigenthum geschaffen, wo dies trotz jener Grundlagen noch nöthig (res aliena, causa mangelhaft oder nicht vorhanden ㄛc.) war, das allenfalls vorhandene, vielleicht

aber ungewiße Eigenthum aber sicher gestellt („finis litis" etc. „novella professio proprietatis" l. 3. C. ne rei dominicae 7, 38). Was nun aber insbesondere den

Besitz anlangt, so wird possidendo usucapirt (Gaj. II. 41) d. i. durch einigermaßen anhaltenden Besitz: per continuationem possessionis temporis lege definiti (l. 3. D h. t.) Diese gesetzliche Frist entnehmen wir aus l. unic. C. usuc. transf. (7, 31), pr. J. usuc. (2, 6); l. 12. C. praescr. l. temp. (7, 33) Nov. 119, c. 8; und aus l. 6. l. 7. D. h. t. l. 15. D. div. temp. praescr. (44, 3) deren Berechnung: In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. — Ideoque qui hora sexta diei Kal. Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kal. Jan. implet usucapionem — In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus (Bachofen, zur L. von der civ. Berechnung d. Z. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVIII. S. 67. Nr. IV.). — Auch in der Usucapion [nicht blos im *int. utrubi Gaj. IV., 151, §. 4. J. interd. 4, 15;* und in der *temporis praescriptio:* vgl. *Rubr. D. div. temp. praescr. 44, 3.* mit *l. 6. l. 14. l. 15. eod.*] kam übrigens eine accessio possessionis (temporis) auf: §. 13. J. usuc. et l. temp. praescr. (2, 6): Inter venditorem quoque et emtorem conjungi tempora, divi Severus et Antoninus rescripserunt. Sollen tempora conjungi, so muß natürlich auch beider possessio conjuncta sein; es kann aber beliebig Vieler possessio nacheinander conjuncta, und unter dieser Voraussetzung denn auch eine accessio possessionis beliebig vieler Auctoren aufwärts begründet sein (l. 15. §. 1. §. 2. §. 5. D. div. temp. pr.). Jener venditor und emtor sind ausgedehnt auf jeden auctor und successor (l. 14. §. 1. eod.). Venditionis resolutio bringt kein neues Auctoritätsverhältniß und keine neue Succession mit sich, sondern Auflösung der alten; allein die Billigkeit (l. 14. pr. eod.), daß Usucapient den Besitz des Vormannes für seinen eigenen erachte und anrechne, ist nirgends so groß wie hier: l. 13. §. 2. D. a. v. a. p. — quaeritur si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus. Et sunt, qui putent, non posse, quia venditionis est resolutio redhibitio; alii emtorem venditoris

accessione usurum, et venditorem emtoris; quod magis probandum puto l. 6. §. 1. D. div. temp. pr. Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset; quod quum evenerit, quaesitum est, quid de accessione tui temporis putares. Respondit, id, quod servetur, quum redhibitio sit facta; hunc enim perinde haberi, ac si retrorsus homo mihi veniisset; ut scilicet si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus, et quod venditionem praecesserit, et amplius accessio haec ei detur cum eo, quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit. l. 19. D. usurp. Daß auch die Accession des precaristischen Besitzes (l. 13. §. 7. D. a. v. a. p.) auf die Usucapion zu beziehen sei, hat freilich sein Bedenken (Vang. §. 200. S. 411); will man aber den Geber nicht im Stiche lassen, so muß man ihn quoad usucapionem fortbesitzen lassen, und das scheint uns noch bedenklicher. Was beim Precarium, müssen wir auch beim dep. apud sequestrem gelten lassen; l. 39. D. a. v. a. p. ist nicht entgegen; l. 13. §. 9. eod. dafür (vergl. Denzinger, die acc. poss. 1842, S. 112). — Bei der accessio possessionis erscheint der Besitz des Usucapienten als Hauptsache, der des Auctors als Accession; bei dem „succedere in usucapionem“ dagegen ist so sehr der Besitz des Erblassers die Hauptsache, und der des Erben Accession, daß letzterer wohl auch ganz fehlen, und die vom Erblasser begonnene Usucapion sich nichtsdestoweniger vollziehen kann l. 30. pr. D. ex q. caus. major. (4, 6) — ut eadem in heredibus qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. l. 6. §. 2. D. pro emt. Post mortem ejus, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen ejus; sed ita hoc, si nemo eum possedisset, l. 31. §. 5. D. usurp. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. Neben solchen Zeugnißen, und auch durch anderen Anhalt, wird nichts glaubhafter, als daß eine entgegengesetzte Entscheidung [in *l. 13. §. 4. D. a. v. a. p. — sed subtilius est quod in emtorem et in heredem id quoque probari.*] nicht auf die U., sondern auf das i. utrubi zu

beziehen sei (Ihering, Abhandlungen Nr. 3. S. 255.); l. 30. §. 5. D. a. v. a. p. ändert schon an und für sich an unserer Regel nichts [s. dageg. Puchta P. §. 456. Anm. *l. in. fin.*; wider ihn Ihering a. a. O. S. 257. fg.] Bei dieser Lage der Sache sollte man die successio in usucapionem nicht als accessio possessionis bezeichnen (wie z. B. Wang. §. 322. Anm. 2. 1.) — unbeirrt durch die „accessio testatoris" in l. 14. §. 1. D. div. temp. pr., welche, wie §. 3. eod. zeigt, auf einem anderen Gebiete der acc. poss. gedacht war. — Was dann weiterhin noch die

bona fides betrifft, so verlangt das canonische Recht von ihr dieselbe Dauerhaftigkeit wie vom Besitz [*c. 20. X. praescr. 2, 26 . . . ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*, vergl. oben S. 122]; merkwürdigerweise ward im R. R. bis zuletzt nicht mehr gefordert, als daß Usucapient „ab initio eam b. fide capiat" [*l. unic. C. usuc. transf. 7, 31.* vgl. *l. 48. §. 1. D. a. r. d. etc.* vgl. darüber Scheurl, a. a. O. §. 14.]. Hiernach ist denn insbesondere zur successio in usucapionem b. fides nothwendig geworden (bezüglich des R. R. s. §. 12. J. l. 43. D. h. t.).

§. 60.

Fähigkeit, usucapirt zu werden, haben die Neueren den Sachen beigelegt! indem unter den U. Erfordernissen auch noch Usucapionsfähigkeit der Sache aufzutreten pflegt. Nach römischer Anschauung aber können

I. einer Sache, gleich Personen, gewiße vitia ankleben, welche der U., wenn sie sonst begründet ist, — und erst dann — im Wege stehen (vitium, quod obstabat . . . ex re l. 24. D. h. t.). Begrifflich können wir hier nicht von Erfordernissen, sondern nur von Ausnahmen (von) der U. reden. — Das älteste dieser vitia klebte der Sache, man ist versucht zu sagen, körperlich an (l. 21. pr. D. furt. 47, 2. vgl. §. ult. eod.) — ein Zeugniß für das hohe Alterthum der Furtivität der Sache (s. dag. Stintzing §. 4). Die Reinigung von diesem Makel hat eine lex Atinia entweder erst eingeführt, oder näher bestimmt (l. 4. §. 6. D. h. t. vgl. l. 24. §. 1. eod.); die Worte derselben sind bei Gellius XVI. 7. — gerade weil in grammatischem Interesse — nicht vollständig aufgeführt (s. dag. Stintzing a. a. O.); aber auch

so blieb der Interpretation noch manches zu thun übrig: l. 4. §. 7 — §. 14. l. 32. pr. l. 41. l. 42. l. 49. D. h. t. l. 56. §. 2. §. 4. D. furti l. 215. D. v. s. (vgl. Arndts P. §. 162. Anm. 3. Unterholzner, Verj. L. I. §. 68 — §. 71.). Spezification ist, wie wir schon sahen (S. 194.) kein Reinigungsmittel (l. 4. §. 20. D. h. t.); daß sich der Fehler dagegen auch auf die Frucht vererbe, kann man nicht sagen; es ist lediglich der Besitz des Diebes, oder des Diebeserben (qui in jus defuncti succedit — l. 4. §. 15. D. h. t.), der auch sie furtiv macht: sei sie nun dort genommen (lana apud furem detonsa) oder blos empfangen [*l. 4. §. 19. §. 20. l. 10. §. 2. l. 33. pr. D. h. t. l. 48. §. 5. §. 6. D. furt.*]. — Zeitlich und begrifflich folgt zunächst auf res furtiva die res vi possessa (Gaj. II. 45. §. 2. J. h. t.); — die streng als res vi possessa gefaßt (l. 4. §. 22. l. 33. §. 2. D. usurp.) und, leicht begreiflich, auf Immobilien bezogen werden muß (l. 1. D. vi bon. rapt. 47, 8.); purgirt wird hier das vitium wie vorher (§. 8. J. h. t.); — auch eine Art Furtivität ist für Immobilien erfunden worden, aber erst in Nov. 119. c. 7. — Das vitium aus der lex Julia repetundarum (l. 8. D. ad leg. Jul. rep. 48, 11.) scheint Seuffert (pract. Pr. §. 134.) richtig hinwegzulassen (s. dag. Sell, dingl. R. I. §. 34. S. 173).

II. Ferner ist es Interpretationsregel, daß, „si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat“, (l. 12. §. 4. D. publ.) unter der alienatio die usucapio mitbegriffen werde [vgl. oben S. 189 *l. 28. D. v. s. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi*]; was in l. 12. §. 4. cit. bezüglich der Publiciana gesagt ist, gilt auch bezüglich der U. arg. l. 9. §. 5. D. Publ. Anwendungen dieser Regel s. in l. 16. D. fundo dot. (23, 5.); l. 3. §. 3. C. comm. de leg. (6, 43.); Am ehesten hieher paßt das Usucapionsverbot am finis (vgl. oben S. 187 I, 1.), das in l. 6. C. fin. reg. (3, 39.) noch nachwirkt (vgl. Sell, a. a. O. §. 34. 5.) Hieher kann man endlich auch l. 1. in fin. C. bon. mat. (6, 60.) l. 4. in fin. C. bon. quae lib. ex matrim. vel aliter acq. (6, 61.) zählen; nicht minder aber passen sie

III. in die Classe derjenigen Fälle, in welchen die U. ausgeschlossen ist, aus Fürsorge für Personen, die jetzt noch nicht vindiciren können: — filiisf. in omnibus his casibus, in quibus

habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint, i. e. postquam manu paterna, vel ejus in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant? l. 1. §. 2. C. ann. exc. (7, 40.); ferner noch einige, bereits oben bei der Klagverjährung genannte Fälle (S. 169.); dann l. 30. C. j. dot. (5, 12.): In rebus dotalibus . . si tamen extant, sive aestimatae, sive inaestimatae sint, . . . volumus . . . eam in rem actionem quasi in . . . rebus propriis habere . . . . Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta . . . sive per 30 vel 40 annorum metas . . . introducta, mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere . . . Nicht erst aus einem solchen singulären Grunde dagegen unterbleibt die U. in dem Falle der l. 23. §. 7. D. r. v. — nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat; vgl. l. 59. eod. l. 7. §. 11. D. a. r. d. Unterholzner, Verj. L. I. §. 49. S. 165. Dagegen Sav. R. d. Bes. §. 22. S. 307 fg. Vang. §. 317. Anm. *B.* Nr. 9. Arndts, P. §. 162. a. E. u. A. m. Von einem vitium ex re (nicht ex persona, wie Sell a. a. O. §. 31. S. 163. behauptet) ist endlich

IV. auch dann die Rede, wo Sachen um ihrer Herren willen von der U. ausgenommen sind: 1) res fiscales l. 24. §. 1. l. 18. D. h. t.; 2) die „res dominica" C. ne rei dom. vindicatio temp. pr. subm. 7, 38. vgl. Unterh. a. a. O. §. 47. §. 57; aber auch Göschen, Vorl. II. 1. §. 264. Sell, a. a. O. §. 31. II. 2; 3) res civitatium l. 9. D. h. t. l. 12. §. 2. D. Publ. vgl. Sell, a. a. O. Nr. 3. Vang. §. 317. Anm. 4.; dagegen Unterh. §. 45. Schmid, a. a. O. §. 14. Anm. 9. wegen l. 15. §. 27. D. damn. inf. (39, 2.) und Paul. R. S. V. 2. §. 4; 4) Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen: Nov. 111. c. 1. Nov. 131. c. 6; cap. 8. X. praescr. 2, 26; 5) Sachen Minderjähriger. Aelteres Recht: l. 4. §. 24. D. exc. dol. (44, 4.) . . si rem (pupilli falsus tutor) vendiderit et usucapta sit (vgl. l. 2. D. quod fals. tut. 27, 5.) l. unic. C. si adv. usuc. (2, 36.) a. 294. Contra eos, qui res minorum tenent, si usucapione dominium acquisierint, restitutionis auxilium eis decerni de-

bebit; l. 3. C. quib. non obj. longi temp. pr. (7, 35.) a. 290: Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari; ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit. Neueres Recht: l. 5. C. in quib. caus. i. i. r. necessaria non est (2, 41.) a. 531. . . humanius est . . in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per i. i. autem restitutionem eis subvenerunt, eas ipso jure non currere. Melius etenim est, intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere; videlicet exceptionibus 30 vel 40 annorum in suo statu manentibus. Vgl. Arndts P. §. 162, woselbst die abweichenden Meinungen. Wegen der Unmündigen vgl. noch oben S. 169.

§. 61.

Es gibt eine Unterbrechung der noch im Lauf begriffenen U., die man nicht so nennt, die nichtsdestoweniger eine Unterbrechung der U., aber blos eine Unterbrechung der U. ist (s. g. praescriptio dormiens, Stillstand der U.); es gibt ferner eine Unterbrechung, die zugleich Aufhebung der begonnenen U. ist (usurpatio). Diese usurpatio („interruptio usucapionis“ l. 2. D. h. t.) ist nach römischem Rechte nichts anderes als eine Unterbrechung des Besitzes [nach altrömischem bald eine naturale, bald eine civile Besitzunterbrechung: *l. 5. D. h. t.: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur. Cic. de orat. III. 28. . . non ut jure, aut judicio aut vi denique recuperare amissam possessionem, sed ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur,* dazu Huschke, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. R. F. II. S. 141 fg. vgl. beispielsweise auch noch *l. 15. D. h. t.: Si is, qui pro emtore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit . . an heredi ejus procedat usucapio? . . Sed verum est, eum in sua vita desiisse possidere, ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse — l. 5. D. pro don.*]; gleichwohl nennt Puchta P. §. 160 noch zwei andere Unterbrechungen. Von einer vierten, durch L. C., vielmehr durch Mittheilung der Klage, reden Andere; nicht als ob in der alten usucapio

jemals eine solche Unterbrechung gegolten (vgl. Keller, Litisc. §. 22.); allein sie sei aus der temporis praescriptio in die neue Usucapion verpflanzt worden. Der Buchstabe der Quellen (z. B. l. 2. C. ann. exc. bes. §. 1.) ist auf ihrer Seite; da man aber zweifeln muß, ob auch ihr Sinn, so treten wir, um den Charakter der U. reiner zu bewahren, auf die andere Seite. (S. das Weitere bei Vang. §. 323. Anm. 1. Arndts §. 163.). Heutzutage dagegen ist die Usurpation folgerichtig auch eine Unterbrechung der b. fides (s. g. mala fides superveniens). Damit ist denn freilich der ursprüngliche Sinn des Wortes usurpatio, wie er in jener Ciceronischen Stelle und in dem alten usurpatum ire der Frauen (Gell. III. 2.) zu Tage tritt (vgl. Huschke a. a. O. S. 146 fg.), vollends verflüchtiget. —

Eine bloße Unterbrechung der U. scheint überall nur dann platzzugreifen, wenn 1) eine bloße Ausnahme von der U. (§. 60.) eintritt, ohne daß zugleich 2) eine von den Grundlagen der U. (§. 58.) — denkbarer Weise possessio, b. fides — wegfiele. Diese Voraussetzungen vereinigt die IV. Classe unserer Ausnahmen (§. 60.), zum Theil auch die IIIte in sich. Genauer gefaßt sind diese Usucapionsausnahmen Ausnahmen von dem continuum tempus der Usucapion, wie wir sie denn auch bereits unter den „Ausnahmen vom tempus continuum" der Klagverjährung — in welcher sie wurzeln — getroffen haben (s. oben S. 169.). In der Verbauung des in U. begriffenen Materials können wir aber folgerichtig keine bloße Unterbrechung der U. finden (vgl. oben S. 220 III. a. E. Dagegen Vang. §. 323. Anm. 2.).

Ueberhaupt von der Unterbrechung unterscheiden wir den Aufschub der U., von dem man besonders in der III., aber mitunter auch in der IV. Classe unserer Ausnahmen zu reden Gelegenheit haben wird.

§. 62.

Noch ist der s. g. außerordentlichen Ersitzung zu gedenken.

Schon unter den ersten christlichen Kaisern geht die Rede von einem „alten Besitz"; er ist älter als jene „longa possessio" der longi temporis praescriptio: Symmach. epist. V. 52: 30 annorum diebus incanuit aetas possessionis — l. 2. C. Th.

l. temp. pr. (4, 13.) a. 321: Annorum 40 praescriptio, quam vetustatem leges ac jura nominare voluerunt — (vgl. Unterh. §. 17.). Noch bevor Theodosius d. J. die praescr. 30 annorum (s. g. longissimi t. pr.) wider alle actiones, namentlich auch die in rem universales und personales gelten ließ (s. oben S. 163 f.), schützte der „alte Besitz" selbst den malae fidei possessor gegen rei vindicatio (l. 2. C. Th. cit. u. Procop. Vandal. I. 3. — Unterh. §. 17. Anm. 53.). Daß er zu mehr als einer praescriptio (exceptio) verhalf, läßt sich nicht annehmen; nach canonischem und heutigem Rechte gewährt er dem m. f. possessor, wie seinerzeit (S. 171. unten) bemerkt wurde, nicht einmal mehr eine Exceptio; aber wie wenn der alte Besitzer causam possessionis und b. fidem hatte? oder wie wenn er — nach moderner Denkweise — blos b. fidem hatte? Wir wollen die Antwort verschieben, und vorher sehen, was Justinian neues verordnete, in l. 8. C. praescr. 30 vel 40 ann., deren Prinzipium oben S. 206. gedruckt ist: §. 1: Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus vel is qui suppositam eam habebat, exceptione 30 vel 40 annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus: ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat; sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit: tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab injusto detentatore eam vindicare: non obstante ei, quod prior possessor 30 vel 40 annorum exceptione eum removerat, nisi ipse injustus possessor 30 vel 40 annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est. §. 2. Sed haec super illis detentatoribus censemus, qui sine violentia eandem rem nacti sunt: nam si quis violenter eam abstulerit, omnimodo licebit priori possessori, sine ulla distinctione eam vindicare. §. 3. Sed et si quis non per vim, sed per sententiam judicis eam obtinuerit, ea

tamen occasione, quod absens prior possessor ad litem vocatus minime responderit, licebit ei et ad similitudinem ceterorum, qui rei dominium habent, intra annum se offerenti, cautionemque suscipiendae litis danti, eandem rem recipere, superque ea cognitionalia subire certamina. Wenn es dem 30- oder 40jährigen Besitzer nur an der justa causa possessionis, nicht aber an b. fides gefehlt: für diesen Fall, sagen die Meisten, habe Justinian die in l. 8. §. 1. cit. enthaltene s. g. außerordentliche Ersitzung eingeführt [so schon die Glosse zu *l. 8. §. 1. C. cit.* und Gratian zu *c. 15. C. 16. qu. 3.*]. Zu Gunsten dieser Auslegung mag man sich auf das verschiedene Verhalten des Gesetzgebers in l. 8. pr. cit. (wo er für longi t. praescr. ausdrücklich einen Besitztitel fordert) und in l. 8. §. 1. (wo er keinen fordert) berufen; das scheint aber auch alles. Namentlich darf man sich nicht auch noch (wie Böcking, Inst. §. 149. Anm. 7.) auf l. 14. C. fund. patrim. (11, 61.) berufen, wo allerdings zweimal „vel etiam sine titulo", aber auch ohne b. fides präscribirt wird. Gegen obiges Argument aber kommt in Betracht, daß Justinian, wo er anderwärts von bloßer b. fides redet, den justus titulus nicht ausschließt, sondern stillschweigend mitbegreift: l. unic. C. usuc. transf.: — si quis res alienas . . b. fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur; — — Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam b. fide capiat. — Schon um dieses einzigen Grundes willen können wir nicht glauben, daß Justinian gerade in l. 8. §. 1. cit. von der b. fides deswegen allein geredet habe, weil er das Erforderniß des Besitztitels ausschließen wollte; dieß müßte erst bewiesen werden. Dann aber schrecken uns auch die Consequenzen dieser Annahme von ihr selber ab. Setzen wir den Fall, daß Jemand geflissentlich von einem Irren kauft; entweder folgt man dem Buchstaben der Definition von b. fides (s. oben S. 211), findet, daß es hier (bei dem Glauben an das Eigenthum des Auctors) an b. fides nicht fehlt, und muß unseren Käufer, wiewohl er anderwärts als pro possessore possidens erscheint l. 13. §. 1. D. her. pet. 5, 3.), in 30 Jahren ersitzen lassen; oder man läugnet, daß hier b. fides vorliege, — warum? so viel wir sehen, darum, weil Käufer an seinen Titel selber nicht glaubt;

mit anderen Worten: man läßt die a. o. Ersitzung nicht zu mangels einer causa possessionis, — weil nicht einmal ein Putativtitel vorliegt! man fordert in der b. fides ein Stückchen Titel. So schließen wir uns denn den Wenigen an, welche für die a. o. Ersitzung nicht minder, als für die ordentliche außer der b. f. auch einen Besitztitel fordern [Unterholzner a. a. O. §. 185. Herrmann, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IV. S. 374 fg.].

Da demnach die Grundlage der 30= oder 40jährigen Ersitzung dieselbe wurde wie die der 10= oder 20jährigen, scheint sie uns denn auch zu demselben Geschlecht zu gehören, wie diese, und können wir nicht zugeben, daß sie im Zweifel als Klagverjährung zu behandeln sei [Fritz, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. IV. Nr. 23. Wang. §. 325. Anm. Arndts §. 164. u. A. m.]. Weder die Legislation der l. 8. C. cit., noch die der l. unic. C. usuc. transf. scheint uns eine solche Verschiedenheit zu rechtfertigen; ja l. unic. C. cit. spricht überall von beiden, wie von Wesen gleicher Art — was immer auch Fritz (a. a. O. §. 4 fg.) hiegegen, theilweise mit Recht, wider Unterholzner vorbringen mag. Wir glauben also die a. o. Ersitzung insbesondere bezüglich der Unterbrechung, und des Anfangs beim Besitzerwerb durch Stellvertreter wie die ordentliche behandeln zu müssen.

Sind die Grundlagen aller Ersitzung dieselben, so kann es zur a. o. E. nur in denjenigen Fällen kommen, welche von der ordentlichen E. ausgenommen sind (§. 60.). Aber einige Fälle sind auch von der a. o. E. ausgenommen [wegen der *res furtiva* vgl. P. G. O. Karl V. §. 109. u. dazu Puchta P. §. 159. *not. e.;* außerdem die Stellen oben S. 169. und S. 219 f.]. Die ausnahmsweise Unstatthaftigkeit selbst der a. o. Ersitzung leiten allerdings auch wir von der Unstatthaftigkeit der praescriptio 30 vel 40 a. ab; allein dazu bewegt uns nur „der Ursprung dieser E. aus der Klagverjährung" (Puchta Pand. §. 159.), nicht die Meinung, als ob sie auch ihrem Wesen nach noch Klagverjährung sei. Desgleichen verhält es sich mit der Frage, wann 30, 40, oder mehrjährige Ersitzung platzgreife (vgl. S. 163).

§. 63.

Werfen wir noch einen Blick zurück auf alle die behandelten Erwerbsarten, so wird sich zeigen, daß zum öftern erworben

wird kraft schon vorhandenen Eigenthums, einmal trotz desselben, einigemal nur weil keines vorhanden ist. Zwei dieser Arten bilden den originären Erwerb, eine den derivativen. Bei zweien derselben geht mit dem Erwerb des Eigenthums ein Verlust desselben vor sich; getrennt vom Erwerb tritt Verlust des Eigenthums nur selten ein: durch Dereliction (l. 1. D. pro derel. 41, 7.); zu merken ist, daß das Eigenthum nicht so einfach dereliquirt wird als der Besitz: l. 17. D. a. v. a. p.; — durch Flucht bei gewissen Freigeborenen (l. 3. §. 2 — l. 5. §. ult. l. 55. D. a. r. d.); — und endlich durch Untergang der Sache (l. 1. C. jure emph. 4, 66.), oder ihrer Eigenschaft als res privata (l. 7. §. 5. §. 6. D. a. r. d. l. 23. l. 24. D. quib. mod. usfr. am. 7, 4.).

Actionen des Eigenthums.

§. 64.

Actionen des Eigenthums nennen wir alle diejenigen, welche einen Bestandtheil des E's bilden — einen Theil der oben S. 183, §. 52 genannten Macht des E's. Sie sind nicht mehr denkbar, nachdem das E. untergegangen, und folgen dem E. von Hand zu Hand; legis Aquiliae actio ist darum keine Eigenthumsklage [vergl. *l. 2. pr. l. 46. D. ad l. Aq. 9, 2. l. 27. §. 2. D. r. v. l. 17. §. 1. eod. l. 15. pr. D. ad l. Aq.*], wiewohl sie direkt nur der Eigenthümer erwirbt; auch condictio furtiva ist keine Eigenthumsklage (arg. l. 8. l. 11. D. h. t. 13, 1.) wiewohl sie soli domino competit (l. 1. eod.); dagegen die überall hin, nur nicht hieher verschlagene a. pl. arcendae actio ist Eigenthumsklage: l. 6. §. 4. D. a. pl. a. a. (39, 3) — eaque ad eum transibit, cujus ager esse coepit. — Dürften wir damni i. postulationem als eine actio, und ein Recht betrachten [vergl. oben §. 34; Huschke's „Zugabe: Ueber die Klagformeln in der *lex Rubria*" in seinem Gajus 1855] so wäre auch sie den Actionen des Eigenthums beizuzählen; Eigenthumsklage mag man sie auch so nennen. Von selbst werden nachher sich noch einige Eigenthumsactionen einstellen, die man sonst nicht als solche zu fassen pflegt. — Erblicken wir in den Prädialservituten eine Erweiterung des Grundeigenthums, so entsteht die Versuchung, nicht blos die betreffende negatoria, sondern auch die

confessoria hieherzuziehen; ganz läßt sich auch von derselben nicht absehen; jedoch wie wir die Prädialservituten selbst vom Eigenthume trennen, so sei es auch mit ihrer Klage.

Aeußerer Anlaß der Eigenthumsactionen ist eine Verletzung des E's, nicht etwa blos in Worten, sondern in der That, und in Werken. Denkbarerweise ist diese Verletzung eine Verletzung, 1) der Sache (damnum), oder 2) des Rechts d. i. des E's. Eine Verletzung der Person des Eigenthümers wäre keine Eigenthumsverletzung; irgend eine weitere Kategorie scheint nicht möglich. — Die durch damnum veranlaßten Actionen sind actiones entweder ad damna quae contigerunt sarcienda (de damno praeterito), oder de damno nondum facto (futuro) (l. 7. §. 1. D. damn. inf. 39, 2. l. 14. §. 2. D. a. pl. a. 39, 3). Bei weitem die meisten sind de damno praeterito und unter ihnen ist keine Eigenthumsklage. Nur zwei sind de damno nondum facto (a. pl. a. actio — damni inf. post.), wovon aber eine schlechthin, die andere vergleichsweise (actionis instar habet) E's-Klage ist. Letztere haben wir bereits (§. 35) abgehandelt. In beiden ist damnum zwar nondum factum, aber ein solches quod futurum veremur — und zwar gründlich fürchten, deswegen weil es selbst bereits begründet ist: l. 1. §. 1. D. a. pl. a. Haec .. actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto ... ex quo damnum timetur. — Die Verletzung des Rechtes, d. i. Eigenthums, können wir nur denken an seiner Ausübung: als eine (factische oder rechtsförmliche) Hemmung (prohibitio), — oder als eine Anmaßung derselben (possidendo — utendo fruendo; Usurpation). Hemmung und Anmaßung der Ausübung können zugleich Anmaßung des Eigenthums oder von jura in re sein, und führen als solche zum Rechtsstreit im engeren Sinne des Wortes [*controversia juris: — proprietatis controversia l. 1.* §. 3. *D. uti poss. 43. 17. — de servitute controversia l. 4.* §. 5. *D. si serv. vind. 8, 5.*] vermittelst rei (d. i. Eigenthums-) vindicatio und negatoria in rem actio. Beide sind Eigenthumsklagen, unbestritten nur die erste, unzweifelhaft auch die andere. Wer die Ausübung des Eigenthums hemmt, oder sich anmaßt, ohne damit Eigenthum oder jura in re für sich selber in Anspruch zu nehmen, kann dies zur Chikane des Eigenthümers, in diebischer oder räuberischer Weise thun, und also

mit Klagen belangt werden, die keine Eigenthumsklagen sind; auch mit possessorischen Interdicten, je nach Lage der Sache; und wenn ein Grundstück in Frage steht, zufolge rechtsförmlicher Prohibition vielleicht mit dem interdictum quod vi aut clam. — Aber auch gegen denjenigen, der mit seinem factischen An- oder Eingriff Anmaßung des Eigenthums oder eines jus in re verbindet, wird man nicht immer sofort mit rei vindicatio und negatoria i. r. a. streiten; nicht nur kann er durch rechtzeitige (factische oder rechtsförmliche) Prohibitionen in seinem Beginnen aufgehalten, sondern theils durch eben diese Prohibitionen, theils durch Anstellung des Possessorium, seinerseits zur Klage (rei vindicatio, confessoria i. r. a.) gedrängt werden. Possessorische Rechtsmittel sind keine Eigenthumsklagen; factische Prohibitionen keine Rechtsmittel; rechtsförmliche Prohibitionen [das Verbot, welches dem J. quod vi aut clam voraufgeht; o. n. nunciatio] sind allerdings Rechtsmittel, zwar keine „Klagen," wohl aber Actionen in dem weiteren Sinne des Wortes, wornach alle Handlungen von rechtlicher Wirksamkeit Actionen genannt werden könnten, zumal wenn sie den Schutz von Rechten bezwecken wie diese. Sie sind Actionen des Eigenthums, insonderheit des Grundeigenthums: weil eine Macht des Grundeigenthums (jus prohibendi). Zwar greifen beide über diese Grundlage hinaus: das kann uns nicht hindern, sie von hier aus zu betrachten. Beide sind außergerichtliche Actionen; aber nicht unwürdig, neben den gerichtlichen zu erscheinen. An und für sich wirken sie bloßen Instand, nicht definitiv; allein auch die provisorische Wirksamkeit ist eine Wirksamkeit.

Endlich müssen die drei s. g. Theilungsklagen, finium regundorum, fam. herciscundae, comm. dividundo actio — von denen aber die erstere kaum eine Theilungsklage ist — hier schon in Betracht kommen. Sie gehören zu denjenigen Fällen, in welchen es sich von Alters her, wie Keller (Civilproc. §. 17) sagt, „nicht um objectiv feststehendes Recht handelt, welches von „der einen Partei blos subjectiv verkannt wird, und deswegen „von einem Richter unter der Leitung ebenfalls fester Gesetze und „Rechtsregeln gesucht, gefunden und gewiesen werden soll; sondern vielmehr um ein objectiv schwankendes und bildsames Verhältniß zwischen den Litiganten, welche unter sich nicht mehr

„zu recht kommen, und daher eines verständigen und billigen „Drittmans bedürfen, der an ihrer Statt das streitige Verhält„niß nach seinem Befinden gestaltet und, wie es nun gelten „soll, zurecht setzt.“ Ob wir aber gerade für jene drei, vielleicht ältesten, Fälle, dem Keller'schen Gedanken nicht einen bestimmteren Ausdruck geben dürfen? In fam. herc. und comm. div. actio scheint es sich vorwiegend überhaupt um kein Erkenntniß mehr zu handeln, sondern um ein Geschäft (divisio). Das Erkenntniß fällt nothwendig ein Dritter; das Geschäft könnten ebensowohl die Litiganten vornehmen; nun soll es an ihrer Statt der Richter vornehmen (divisio cum judice, statt sine judice vergl. S. 186. unten). In der fin. reg. actio aber finden wir zwar wohl ein Erkenntniß, überdies eines nach objectiv feststehenden Regeln; allein dasjenige Erkenntniß, welches diesem judicium eigen ist, (der Grenzbescheid), wird nicht nach Regeln des Rechts gefällt. Indeßen kann auch diese actio zu einem Geschäfte führen; anstatt zum Erkenntniß über die Grenze zur Aufstellung einer Grenze. Daß nun aber dort die Theilung, hier das Erkenntniß oder die Aufstellung der Grenze kraft einer Obligation vor sich gehe, wie man häufig annimmt, und daß demzufolge diese Klagen schlechthin zu den Forderungsklagen zu zählen seien, können wir bis auf weiteres nicht zugeben; uns scheint das Recht und die Macht der Theilung wie der Grenzbestimmung mit zu dem Rechte zu gehören, das getheilt oder begrenzt sein soll oder will, und darum auch die betreffende actio; wenn nebenher zur Durchführung des Geschäftes Obligationen constituirt werden, so ist das eine Folge, nicht Grund der actio; wenn nebenher über Obligationen erkannt wird, die schon vorher begründet sind, ist die Klage soweit Forderungsklage, aber darum auch mixta actio (§. 20. J. act. 4, 6). Weiteres hierüber bei der Darstellung der einzelnen Klagen; die der fam. herc. actio wird auch ihrer dinglichen Seite nach erst im Erbrecht am Platze sein.

§. 65.

Aquae pluviae arcendae actio. Sie geht aus von der „noxa,“ mit welcher aqua pluvia [*quae de coelo cadit, atque imbre excrescit l. 1. pr. D. h. t. 39, 3*] Grundstücke heimzusuchen pflegt [*sive per se haec aqua coelestis noceat — sive*

cum alia mixta sit l. 1. pr. §. 2. vergl. *l.* 3. §. 1. *l.* 2. §. 9. *eod.*]. Geschieht dies auf natürlichem Wege, so trägt den Schaden der Betroffene; Alter, Privilegium, Servitut machen die Kunst zur Natur [*l. 2. pr.* §. 10. *l. 1.* §. 8, §. 14, §. 15, §. 16. *eod.*]; steht es erst in Aussicht, aber auf Grund von Anstalten, denen jene besondere Rechtfertigung abgeht, [*in damno nondum facto, opere tamen jam facto*], so kann unsere actio gegründet sein.

Sehr charakteristisch darf es kein Haus, ja nicht einmal ein bäuerliches sein, wofür man fürchtet (l. 1. §. 20. eod); und andererseits das opus, wovor man fürchtet (ex quo damnum timetur l. 1. §. 1. cit.) kein solches, quod agri colendi causa aratro factum sit etc. (l. 1. §. 3—§. 9. eod.). Der Regen selbst kann Anlagen machen (l. 2. §. 7. §. 6. eod.); unsere muß opus manu factum sein (l. 1. §. 1. eod.). Ob es der Obermeier ist, den a. pl. bedroht, oder der Untermeier, das ist gleichgiltig (l. 1. §. 10. §. 13. eod.); wenn es nur jene „noxa" ist, womit sie droht, — kein Nutzentgang (l. 1. §. 21. §. 11. eod.). Denn unsere Klage ist eine Wasser-„Wehre" — die Sorge des Klägers ein „curare ne influat" (l. 2. §. 9. eod.). Wiederum gleichgiltig ist der Ursprung des Wassers (l. 1. §. 18—§. 20. eod.); nicht aber der Ort der Anlage [*l. 3.* §. 3. *eod. A. pl. a. non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est; eoque jure utimur. Quare si quis in publico opus faciat, haec actio cessat, sibique imputare debet is, qui d. i. cautione sibi non prospexit; si tamen in privato opus factum sit, et publicum interveniat, de toto agi posse a. p. a. Labeo ait.* s. weiterhin *l. 6. pr. eod.*] Denn unsere Klage ist keine Delictsklage; wohl aber muß der dominus operis für letzteres einstehen, und dominus operis kann nur der Grund-Eigenthümer sein (l. 4. pr. — §. 3. l. 5; l. 3. §. 4. l. 22. §. 2. eod.). Dieser muß einstehen, wer immer die Anlage gemacht hat; aber auch hier nicht immer in demselben Umfang. Daß die Klage activ eine Eigenthumsklage sei, ist schon oben bemerkt und erhärtet worden (S. 226).

Officium autem judicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere, damnumque sarcire, si quid post l. cont. contigit; quodsi ante l. c. damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet

(l. 6. §. 6. eod.). Zur condemnatio kann es aber nicht nur damni, sondern auch operis non restituti nomine kommen (l. 11. §. 3. eod.); aestimationem autem judex faciet ex rei veritate, hoc est ejus damni, quod apparuerit datum (l. 6. §. ult. eod.). Ausdrücklich ist der Fall gesetzt, si a vicino opus factum sit; wenn dagegen von einem anderen, qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. Hier kann ich denn auch durch Abtretung meines Grundstückes die Klage ablehnen [*arg. l. 7. §. 1. eod.* wo *b. f. emtor* in neuer Bedeutung steht]; nicht auch dann, si quid ipse feci: quoniam et (ex: Vulg.) suo nomine convenitur, ut opus tollat. (l. 7. pr. eod.). Damit ist denn auch eine persönliche Fassung der Klage angedeutet; mehr nicht als dieses in l. 6. §. 5. eod: A. pl. a. actionem sciendum est, non in rem, sed personalem esse; eine obligatio wäre hier, wo die Klage durch Veräußerung des bedrohten Grundstückes verloren (l. 6. §. 4. eod.), durch Veräußerung des drohenden vermieden wird (arg. l. 4. pr. l. 7. pr. §. 1. eod.), nur sehr uneigentlich denkbar. Auf einem Formelunterschiede muß es auch beruhen, daß die hier zu vergleichende confessoria aus der servitus oneris ferendi „in rem magis est, quam „in personam" (l. 6. §. 2. §. 3. l. 8. in fin. D. si serv. vind. 8, 5.). Während hier auf ein jus cogendi intendirt wurde, mag unser Fall auf ein restituere oportere (vergl. lex Rubr. c. 22.) gelautet haben; es dehnte sich das Eigenthum zur Forderung aus: aber ohne diese vollends zu erreichen, oder sich selber aufzugeben.

Von mehreren Miteigenthümern der Anlage kann zwar bezüglich der operis restitutio Jeder in solidum, allein schon bezüglich dieser restitutio folgerichtig nicht Jeder schlechthin dahin belangt werden, ut restituat, sondern nur ut patientiam praestet etc. (l. 11. §. 2. D. h. t.); also kann auch die condemnatio operis non restituti und damni post l. cont. dati nomine nicht schlechthin Jeden treffen, und die — nicht ohne Bedenken — nach dem Muster der damni inf. statt nach dem der noxalis actio zugeschnittene Theilung der condemnatio nicht von allen Miteigenthümern, sondern nur von den mitschuldigen verstanden werden (l. 11. §. 1—§. 5. l. 6. §. 2. eod.). Bei mehreren Miteigenthümern des bedrohten Grundstückes reicht die Solidarität

gleichfalls nur bis zur Restitution: was aber Cassius noch nicht gemeint haben muß (l. 11. §. 1. eod. vgl. §. 4. eod. l. 6. §. 1. eod. Ribbentrop, Corr. O. S. 254.

§. 66.

Von jenen beiden außergerichtlichen Actionen ist

1) Eine technisch ein „prohibere“ — d. h. ein Verbot (l. 5. §. 10. D. o. n. n. 39, 1.), und zwar von beliebiger, zum Theil symbolischer, uns fremder Gestalt [*l. 20. §. 1. l. 1. §. 6. §. 7. D. h. t. — quod vi aut clam 43, 24; l. 3. §. 1. l. 5. §. 1. D. o. n. n.*]. Es geht gegen opera, quae in solo fiunt im weiteren Sinne dieses Wortes [*l. 7. §. 2—§. 8. l. 9. pr. — l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. §. 2. l. 18. pr. l. 20. §. 5. l. 22. pr. §. 3. D. quod vi aut clam 43, 24.*]; vornehmlich und zunächst gegen opera, quae in nostro solo fiunt. Hier hat es die ausgezeichnete Wirkung, daß der „Interdicirte“ (l. 3. §. 5. D. h. t.), wofern er ein Recht zu der verbotenen Handlung zu haben glaubt, mit Klage und Beweis auftreten muß [*arg. l. 5. §. 10. D. o. n. n.* vgl. Francke, über das *Int. quod vi aut cl.* Arch. f. civ. Pr. XXII. S. 365. S. 383.]; hier und in anderen Fällen ferner die Wirkung, daß er als ein Gewaltthätiger das interdictum quod vi aut clam auf sich zieht „si contra quam prohiberetur, fecerit“: mag er nun im Rechte gewesen sein, oder nicht (l. 1. §. 2. D. h. t.). Der vis — die bereits ein Delict ist (vgl. l. 3. pr. in fin. l. 15. §. 3. l. 20. §. 3. eod.) und also sammt dem Interdicte hier nicht weiter verfolgt zu werden braucht — steht das clam facere gleich [*l. 1 pr. §. 1. l. 3. §. 6 — l. 5. §. 7. l. 11. §. 5. l. 21. §. 1. l. 22. §. 5. eod.*]; je nach Art der verbotswidrigen Handlungen aber mag sich zuweilen das i. uti possidetis besser schicken, als das quod vi aut clam. (l. 5. §. 10. D. o. n. n. cit.). Nicht diese Interdictsklagen — einst obrigkeitliche Machtsprüche —, sondern jenes außergerichtliche „Interdict“, den Machtspruch des Grundherren, zählen wir den Actionen des Eigenthums bei; für ihn finden wir keinen tieferen Grund, als das jus prohibendi (l. 28. D. comm. div. 10, 3. vgl. l. 8. §. 6. D. o. n. n.), und für dieses nirgends eine Stätte, als im Eigenthum. Wie könnte denn aber Julianus schreiben: interdictum hoc non

solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere —? [*l. 11. §. ult.* vgl. §. *8— §. 13. D. h. t. l. 12. l. 13. pr.* — §. *4. l. 16. pr.* §. *1. eod.*] Entweder steht diesen Anderen nur das Interdict, nicht auch das Verbot zu; oder — was wahrscheinlicher ist — weil man ihnen, um ihres Interesses willen, das restitutorische Interdict nicht versagen wollte (vgl. l. 10. D. furti 47, 2.), gab man ihnen auch das Mittel dazu, d. i. das Verbot; vielleicht ist um des letzteren willen irgend ein Besitz — irgend ein Halt anstatt des mangelnden Eigenthums — gefordert (l. 11. l. 12. §. 13 eod.; zu l. 16. vgl. l. 11. §. 12. D. h. t. . . . qualiter qualiter possidet . . .). Immerhin aber enthält das Eigenthum diese Verbotsmacht; es enthält sie darum nicht minder, weil sie noch anderem Interesse beigelegt ward.

Unser jus prohibendi steht auch gegen den Miteigenthümer in Anbetracht von Unternehmungen in re communi zu [— *in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat* — *l. 28. D. comm. div.*]; dieser Vorgang des Verbietenden ist ein unbedingter, eine confessoria des Interdicirten können wir nicht denken, das Verbot wirkt hier definitiv (l. 11. D. si serv. vind. 8, 5.). — Ferner kommt unser Verbot auch gegen opera in solo publico, religioso, sacro vor (l. 20. §. ult. D. h. t.), aber nun nicht mehr kraft Grundeigenthums, sondern auf der Unterlage jenes oben besprochenen weiteren Interesses [*l. 11.* §. *1. l. 7.* §. *7. D. h. t.*] und zwar des eigenen, nicht etwa des öffentlichen Interesses, [das durch andere Mittel gewahrt wird, vgl. *l. 3.* §. *4. eod.: — si ei locorum publicorum procuratio data est — l. 2.* §. *2. D. ne quid in loco publico vel itinere fiat 43, 8.* Franke, a. a. O. §. 6. *l. 11.* §. *2. D. h. t.;* vgl. *D. ne quid in loco sacro 43, 6.*]. — Endlich treffen wir dasselbe wider Unternehmungen des Nachbars auf seinem eigenen Boden [*l. 4.* §. *2.* §. *3. l. 5. l. 14.* §. *3. D. a. pl. a. 39, 3. l. 3.* §. *6. D. h. t.; l. 6.* §. *1. D. si serv. vind. 8, 5.*]. Man hört es gerne, wenn Francke a. a. O. §. 4. gegen Hasse [Rh. Mus. für Jurisp. IV. §. 12. S. 11. §. 17 fg. S. 16.] und Donellus [*Comment. de j. civ. lib. XV. cap. 35.* §. *4. in fin.*] behauptet, daß hier das Verbot nicht dieselbe Wirkung haben könne, wie gegen das Unter-

nehmen auf unserem eigenen Boden; soll der Eigenthümer, wenn er bauen will, erst klagen und beweisen müssen, daß der Einspruch nicht zu Recht bestehe? Anderseits kann Francke selbst (trotz l. 5. §. 10. D. o. n. n.) nicht in Abrede stellen, daß unsere Prohibition auch wider opera quae quis in suo facit geht; für seinen Ausweg aber: daß Prohibent sein Recht beweisen müsse — in der Interdictsklage nämlich — finden wir keinen Beleg. Wir unterscheiden zweierlei opera: 1) solche, die man ohne besonderes Recht (Servitut) selbst in alieno nicht, oder nicht ohne Caution zu dulden braucht [*opus ex quo damnum per a. pluv. timetur* — oder *ex quo „damnum infectum"*]; hier hat das Verbot die gewöhnliche sistirende Wirkung; das Rechtsmittel des Prohibitus aber wird ein anderes sein müssen: l. 3. §. 6. l. 4. §. 2. §. 3. l. 5. l. 14. §. 3. citt.; — 2) opera, die man, definitiv wenigstens, in alieno nicht ohne Servitut verwehren kann. Hier scheint es auf den Besitzstand anzukommen: l. 6. §. 1. cit.; ist er zu Gunsten des Prohibenten, so möchte ihm die Prohibition mit der üblichen Wirkung — außerdem überhaupt nicht zukommen. Für letzteren Fall wäre dann o. n. nunciatio necessaria (l. 5. §. 10. cit.).

2) Operis novi nunciatio ist immerhin auch eine prohibitio, gleichfalls auf einem jus prohibendi beruhend (l. 1. pr. D. h. t.), das in dem für uns wichtigsten Falle wenigstens ein Recht des Eigenthums, und zwar des Grundeigenthums ist. Die römische Form dieses Verbotes kennen wir nur stückweise (l. 5. §. 2—§. 4. §. 15. §. 16. l. 1. §. 2—§. 4. l. 10. eod.); heutzutage soll es bei uns allgemein durch das Gericht vermittelt werden (Francke a. a. O. S. 376. Anmerk. 44. und die das. Agff.). Opera müssen hier im engeren Sinn verstanden werden — ea sola, quae solo conjuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere (l. 1. §. 12. eod.).

Nunc videamus quibus ex causis fiat nuntiatio — (l. 1. §. 15.). Nuntiatio fit 1) aut juris nostri conservandi causa (l. 1. §. 16.) — quia jus aliquod prohibendi habemus (l. 1. §. 17. eod.), d. i. ein durch eine Servitut dem Grund. eigenthum erworbenes jus prohibendi [vgl. *l. 5 pr. l. 8 pr. l. 9. l. 15. l. 21 pr. eod.* Schmidt v. Ilm. Zur Lehre von

der *conf.* und *neg. actio.* Zeitschr. f. gesch. R. W. *XV. Nr. 6. VI.* a. E.], ex causa impositilia (l. 5. §. 9. eod.) und gegen opera in solo alieno. So weit wäre o. n. n. vielmehr eine Servituten=, denn eine Eigenthums=Action; allein das wirkliche Dasein einer Servitut ist nur zur definitiven Abwehr, nicht schon zur einstweiligen Inhibition des opus nöthig (s. unten). — Auch auf Grund des unmittelbar im Grundeigenthum liegenden jus prohibendi (ex naturali causa l. 5. §. 9. eod.) können wir (wider opera quae in nostro solo fiunt) o. n. nunciatione verbieten (l. 5. §. 8. eod.) — sollen wir aber nicht (l. 5. §. 10. l. 1. §. 6. eod.); 2) aut damni depellendi — (l. 1. §. 16 — §. 19), in theilweiser Concurrenz mit unserer früheren Prohibition; 3) aut publici juris tuendi gratia (l. 1. §. 16. §. 17. — aut si quid etc. l. 3. §. ult. l. 4. eod.) —

et quae personae nuntient: l. 1. §. 20. l. 5. §. 1. §. 6 cf. l. 3. §. 1. §. 2. l. 5. §. 18. l. 9. eod. —

quibusque nuntietur: l. 5. §. 1. §. 3. §. 5. §. 7. l. 10. l. 11. eod. —

et in quibus locis fiat nunciatio: s. oben gelegentlich ihrer Form; —

et quis effectus sit nunciationis: l. 20. pr. eod. Praetor ait: quem in locum nuntiatum est, ne quid operis n. fieret q. d. r. a., quod in eo loco antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas. §. 1. Interdictum hoc proponitur ex hujusmodi causis: Edicto expressum est, ne post o. n. nunciationem quidquam operis fiat, antequam vel nunciatio missa fiat, vel vice nunciationis missae satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Qui igitur facit, etsi jus faciendi habuit, tamen contra inter-(e)dictum Praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur [vgl. *l. 1. pr. l. 5. §. 17. §. 18. l. 8. §. 2. — §. 4. §. 7. l. 20. §. 6. §. 7. §. 8. l. 22. eod.*]. Ausnahmen: l. 5. §. 11—§. 13. eod. Was aber insbesondere die Wirkung derjenigen o. n. n. anlangt, quae juris nostri conservandi gratia fit, s. l. 1. §. 9. eod.: Post o. n. n. committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni. §. 6. eod.: In o. n. n. possessorem adversarium facimus, vgl. l. 5. §. 10. eod.

Morte ejus, qui nunciavit, extinguitur nunciatio, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi (l. 8. §. 6. eod.). [Ueberhaupt vgl. Hasse G. Ueber die o. n. n. Rh. Mus. f. Jurispr. III. S. 579 fg. Francke, a. O. S. 376 fg.]

§. 67.

Von den beiden nunmehr zu betrachtenden Rechtsstreitigkeiten ist 1) die negatoria in rem actio gleich der confessoria „de servitute" (l. 2. pr. D. si serv. vind. 8, 5.), aber nicht gleich dieser erst vermittelst einer Servitut da. Darum und insoferne sind sie beide de servitute, weil in beiden über eine Servitut gestritten wird, von klägerischem Standpunkte aus dort für sie (. . servitutes sibi competere contendit l. 2. pr. eod.), hier gegen sie (. . . domino qui negat.). So gewiß es demnach ist, daß die Negatoria keine Servitutenklage in dem Sinne ist, in welchem wir unter einer Servitutenklage die auf eine Serv. gegründete, unter Eigenthumsklage die auf Eigenthum gegründete Klage denken: so gewiß scheint es sei die Negatoria wenigstens ihrem Streitgegenstande nach eine Servitutenklage. Nach Ansicht Vieler soll sie aber nicht einmal in diesem Sinne Servitutenklage sein — nämlich nicht wesentlich sein, indem die Negatorienklage einen Servitutenstreit nicht nothwendig enthalten, überhaupt nicht gerade durch Anmaßung (oder wohl auch Ausschreitung l. 9. pr. D. si serv.) einer Servitut veranlaßt sein müsse, vielmehr gegen jedwede blos „partielle Eigenthumsverletzung" platzgreife [Puchta, Pand. §. 172. Vang. §. 353. Anm. 1. Schmid, Hdb. §. 17. S. 370. u. A. m.]. Hiegegen scheint uns nun aber Schmidt v. Ilm. (Zeitschr. f. g. R. W. XV, Nr. 6. VIII.) richtig zu bemerken, daß 1) sowohl l. 2. pr. cit. als l. 4. §. 7. l. 8. pr. D. si serv., dann die Titelrubriken D. si ususfr. petatur, vel ad alium pertinere negetur (7, 6.) D. si serv. vindicetur, vel ad alium pertinere negetur (8, 5.) eine Vermuthung dafür begründen, daß die Negatoria eine Servitutenklage sei; — daß diese Vermuthung 2) durch Stellen wie l. 8. §. 5. l. 13. l. 17. §. 1. eod. l. 2. l. 6. §. 2. D. arb. furt. caes. (47, 7.), ja selbst durch l. 14. §. 1. D. si serv. nicht entkräftet, wohl aber 3) durch l. 8. §. 6. eod. zur Gewißheit erhoben werde. [*Apud Pomponium dubitatur*

. . . *an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere; et ait magis non posse agi, sicuti agi non potest, jus esse in suo ignem facere, aut sedere aut lavare*]. Ein von Schmidt selbst nicht aufgelöster Widerspruch (vgl. Bang. a. a. O.) ist es allerdings, wenn er einige Seiten vorher (S. 166.) dem Miteigenthümer wider den Miteigenthümer die Negatoria gibt, wegen l. 11. D. si serv. l. 27. §. 1. D. s. p. u. 8, 2. l. 28. D. comm. div. (10, 3.). Uns dünkt, daß Schmidt sich von den beiden ersteren Stellen zu schnell hat hinreißen lassen; aus l. 28. cit. entnehmen wir, daß eine Negatoria nicht stattfinde, und das dort genannte jus prohibendi lediglich jene Prohibition mit nachfolgendem interd. quod vi aut clam bedeute [— *etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si quum prohibere poterat, hoc praetermisit* — vgl. oben S. 233. *l. 13. §. 3. D. quod vi aut cl.*]; wenn der Miteigenthümer zuvor verboten, kann er auf Beseitigung des opus bringen! oder si quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur! Möchte nicht gerade darum o. n. nuntiatio unter Miteigenthümern unmöglich sein (l. 3. §. 1. D. o. n. n.), weil ein nachfolgender Servitutenstreit unmöglich ist? Noch bemerkt Schmidt, daß eine weitere Ausdehnung der Negatoria kein Bedürfniß sei, da Injurienklage und das Int. uti poss. ausreichen (a. a. O. S. 175.); wir fügen unsere formlose Prohibition mit nachfolgendem int. quod vi aut cl. bei. Aber auch daran darf gemahnt werden, daß was man invito domino, also mit Ausschluß seines Prohibitionsrechtes, auf dessen Boden ꝛc. thun darf, eine Eigenthumsbeschränkung, also nicht einmal ein auf bloße obligatio desselben gestütztes licere, (s. oben S. 185.), geschweige denn die bloße Willkür des Badens ꝛc. — sein müsse; bekanntlich ist es aber ein „invito domino jus ei esse faciendi etc.“, was in der Negatoria geläugnet wird (s. Schmidt v. J. a. a. O. S. 154.). Indessen ist denkbar, daß sich Jemand z. B. eine Wasserleitung angemaßt und dadurch den Eigenthümer in Schaden gebracht hat, ohne deshalb auch das Recht der Wasserleitung zu behaupten: so daß er nach Anstellung der Negatoria nicht deren Intention, sondern vielleicht nur die Thatsache der Wasserleitung oder den Schaden

läugnet (vgl. oben S. 227 f.). Obwohl es hier zu keinem Servitutenstreit kommt, scheint die Negatoria dennoch, analog der Confessoria (s. unten §. 75. b.), auch auf solche Fälle erstreckt werden zu müssen.

Ihrem Grunde nach ist die Negatoria eine Eigenthumsklage — aber nicht so platthin, als es dem Worte nach scheint; nicht darum, weil er Eigenthümer ist, hat Kläger diese Klage, sondern darum weil er ein Eigenthum hat, das von der angemaßten Servitut frei ist. Wir unterscheiden uns sowohl von denen, welche schlechthin das Eigenthum, — als von denen, welche das bloße Nichtdasein einer Servitut als Grund der Klage denken. Nicht überhaupt das Eigenthum, sondern ein gewißes Eigenthum („tale dominium“ cf. l. 20. §. 1. D. a. r. d.) ist Grund der Negatoria. Gleichwohl soll der Kläger nie mehr zu beweisen haben, als das (in dieser Klage gewiß seltener bestrittene oder zweifelhafte) gemeine Eigenthum [so Puchta Pand. §. 172. Arndts P. §. 169. Vang. §. 353. Anm. 2. Schmid, Handb. §. 17. Anm. 12. fg. Francke, Arch. f. civ. Pr. XXI. 1. Mühlenbr. P. §. 292. Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 52. Anm. 57. v. Scheurl, Inst. §. 100. u. s. f.]. Fragt man nach Gründen, so erscheint bald als der einzige, bald als der hauptsächlichste der, daß das Eigenthum Grund der Klage sei. Wir müssen aber wiederholen: die Macht, einen Servitutenanspruch definitiv abzulehnen, liegt nicht im Eigenthume überhaupt. Sehen wir von Prozeß und Klage ab, und erwägen, daß in Wirklichkeit z. B. der eine fundus liber, der andere servus ist, so wird es wahr sein müssen, daß nicht einer wie der andere die Macht hat, Servitutenansprüche abzuwehren; und doch ist jeder Eigenthum. Wenn nach materiellem Rechte nicht jedes Eigenthum die Macht hat, jedwede Servitut zu verneinen, woher denn kommt jedem diese Macht zu, sobald es sich zur Negatoria gestaltet? oder was gleichviel bedeutet: warum erscheint jedes schlechthin als Grund zur klagweisen Servitutenverneinung? Der römische Prozeß hat zu dieser Vorstellung wahrlich den Anlaß nicht gegeben; denn nicht auf das gemeine meum esse ward intendirt, sondern auf die Freiheit gerade von dieser Servitut, oder (bei positiver Fassung) auf das Recht zur Abwehr gerade dieser Servitut [*l. 5. pr. D. si ususfr. l. 12. D. si serv.; l. 4.* §. 7. *eod.*

l. 15. D. o. n. n.; — eine weitere Sammlung solcher Intentionen s. bei Schmidt a. a. O. S. 154. Anm. 7—11]. Wie kann man einer solchen Intentio gegenüber die Behauptung der Servitut eine „Einrede" (Puchta a. a. O.) nennen? oder glauben, daß die Römer aus dem fundum meum esse die Vermuthung geschöpft hätten, fundum meum liberum esse? (vergl. Samhaber, Zeitschrift für Civilr. und Proz. XVIII. S. 135. Sint. a. a. O. S. 523). — Man denkt aber auch an die rei vindicatio, die kraft des bloßen meum esse sogar gegen totale Eigenthumsverletzung durchdringt: mit der Negatoria wolle man ja weniger! (Vang. a. a. O.). Wirklich weniger? Mit der rei vindicatio verlangt Kläger den Besitz, und dazu berechtigt ihn, von Ausnahmen abgesehen, das Eigenthum; berechtigt ihn dieses auch zu einem durchweg freien Besitz? ist ein durchweg freier Besitz weniger als der Besitz? Auch daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht beweisen müsse, wenn der Verpfänder vindicirt (l. 10. C. pign. act. 4, 24), macht man geltend; allein es kann uns höchstens denken machen, warum es für diesen Fall keine Negatoria gibt, nicht aber wundern, daß, wenn einmal vindicirt wird, Eigenthumsbeweis genüge. Die Quellenbelege, welche man zu direktem Zeugniß für die fragliche Beweisnormirung anzuführen pflegt, sind folgende: l. 5. pr. D. si ususfr. pet. l. 10. pr. D. si serv. l. 60. §. 1. D. usufr. (7, 1) l. 3. §. 13. D. itin. (43, 19) l. 7. D. aqua (43, 20) s. Schmid a. a. O. Anm. 12. vgl. Vang. 6. Aufl. S. 878. Von ihnen allen lautet aber nur l. 3. §. 13. cit. einigermaßen zu Gunsten derselben: . . . . qui enim vult ire agere tantisper (nicht auch reficere), quoad de servitute constet, non debet de jure suo docere. Sobald also — schließt man a contrario — das Recht selbst streitig ist, muß er beweisen. Allein, kann daraus, daß er im Einen Falle nie zu beweisen hat, gefolgert werden, daß er im anderen immer beweisen müsse? Sicher ist dieses Contrarium nicht. Einer anderen von jenen Stellen (l. 7. cit.) werden wir sofort in entgegengesetzter Richtung begegnen. — Wir wollen nämlich jetzt sehen, ob der so beliebten Ansicht außer dem wahren Klagegrund und der Intentio der Negatoria nicht noch etwas im Wege steht: und da sei denn zunächst l. 7. cit. in Anschlag gebracht: Si de via, itinere etc. agatur, hujusmodi cautio praestanda est: quamdiu quis de jure

suo doceat, non se impediturum agentem etc. Quodsi neget jus esse adversario agendi etc., cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum. Dort ist confessorisch, hier negatorisch geklagt; hier und dort muß der Beklagte caviren; hier und dort soll er sich ruhig verhalten, bis bewiesen ist; wer aber beweisen müsse, scheint dort, für die Confessoria, ausgesprochen (quamdiu quis etc.); für die Negatoria dagegen — wir glauben wohlbewußt — dahin gestellt (donec quaest. etc.). Ein ausdrückliches Zeugniß aber wider unsern Gegner enthält l. 15. D. o. n. n. Desertion in der Negatoria, wie in der Confessoria macht den Beklagten für die Zukunft zum Kläger: eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere (vergl. l. 45. D. d. inf.). Hier bietet sich auch ein Contrarium: soll es eine Strafe sein, daß er jetzt beweisen muß, so konnte er nicht schon vorher beweisen müßen, keinesfalls dasjenige was er jetzt beweisen muß; jetzt muß er de jure suo probare; niemand zweifelt: de servitute (vergl. l. 13. §. 3. cit. etc.). Es ist mehr einer Flucht, als einem Kampfe vergleichbar, was man hiegegen einwendet (vergl. Vang. a. a. O. 3. a.). Nach Vangerow wäre der Gegensatz folgender: Jetzt muß er zur Strafe die Servitut beweisen; vordem mußte er sie vielleicht beweisen (wenn Kläger sein Eigenthum erwiesen hatte). Aus der allgemein ausgesprochenen Strafe wird eine jeweilige, aus der unbedingten eine bedingte. Zudem herrscht dabei die Vorstellung, daß in der Negatorienklage der römische Beklagte gleich dem deutschen Advokaten vor allem sich auf's Läugnen verworfen, zunächst also das — von der Formel in den Hintergrund gestellte — Eigenthum hervorgezogen und widersprochen habe; es war entschuldbar, wenn unsere Practiker einem solchen Verfahren gegenüber sich mit bloßer Bescheinigung des Eigenthums begnügten. — Warum endlich gibt l. 5. §. 10. D. o. n. n. den Rath, gegen denjenigen, der in nostro solo etwas unternimmt, nicht opus novum zu nuntiiren? O. n. nuntiatio, sagt sie, mache den Gegner zum possessor. Operis n. nunciatio zieht hier die Negatoria nach sich: in dieser also würde Beklagter possessoris partes sustinere (vergl. l. 1. §. 6. D. eod.). Eine bloße Prohi-

bition würde ihn zur Klage (Confessoria) und damit zum Beweise der Servitut drängen; was hat es Gutes für ihn, wenn er statt dessen die Besitzrolle übernimmt? Auch hier soll es nicht den Vortheil haben, daß er vom Servitutenbeweis frei ist, sondern den, daß Eigenthümer sein Eigenthum beweisen muß (Vang. a. a. O. lit. c.). Schwerlich wäre man ohne den Capitalsatz: Grund der Negatoria ist das Eigenthum — zu solchen Interpretationen gekommen; der Apfel fiel nicht weit vom Stamm. — Von den neueren Juristen, die mit uns gehen (s. neuestens Reuter, vorm. Ober- und Landesgerichts Adv. in Schlesw. Holst. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XII. Nr. 15) bürden Einige den Beweis in Ansehung des Servitutenrechts schlechthin dem Negatorienkläger auf (Pape, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XVI. S. 194 fg.); Andere nur dann, wenn Beklagter im Besitze der Servitut, nicht Er im Besitze der Freiheit ist (vergl. l. 7. §. 5. D. lib. caus. 40, 12. l. 14. D. prob. 22, 3. z. B. Seuffert, Erört. II. S. 73—85. und Pand. §. 183. Anm. 5.; Pfeiffer, verm. Auff. S. 205. fg.; Samhaber, a. a. O. S. 133. fg.). Wir halten diese letztere Ansicht für richtig. Denn aus ihr wird klar, nicht nur daß die Negatoria auch dem Besitzer (der Freiheit) zusteht (l. 5. §. 6. D. si ususfr. pet.), sondern auch daß und warum er, trotz dieses Besitzes, petitorisch klagen mag; — daß und warum der Kläger dem zu Belangenden, nicht ohne alle Störung, aber sofort bei deren Beginn [*si nova (ligna) velis immittere — l. 14. pr. D. si serv.*] entgegentritt; — daß und warum in einem Servitutenstreite gefragt werden kann „quis possessoris, quis petitoris partes sustineat" [*l. 8. §. 3. D. si serv. Si quaeritur, quis possessoris, q. p. p. s., sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa eum qui negat.* vergl. *l. 6.* §. 1. *eod.*]. Das ist denn auch die früher herrschende Ansicht gewesen (Cocceji, de directa probatione negativae, Cap. IV. §. 16.), der man schon darum praktische Tüchtigkeit nicht so sehr absprechen sollte, als Francke that (a. a. O. S. 2). Gegen die Besitzergreifung affirmativer Servituten, mithin gegen die Beweislast, kann sich der Eigenthümer mit Worten und Werken (D. quod vi aut cl.; l. 3. §. 1. §. 2. D. itin. 43, 19. etc.) wehren; bei negativen Servituten ist

zwar umgekehrt von Anfang an die Servitut in der Defensive, so daß ihr, z. B. aedificando, der Besitz der Freiheit erst abgerungen werden muß (l. 6. §. 1. D. si ser. „— in his servitutibus etc.); allein ist es nicht gerecht, daß also gleichheitlich vertheilt ist? worauf stützt sich denn das angebliche Privilegium des Eigenthums vor den Servituten? Ein Mittel aber zur Erleichterung dieser negativen Beweislast werden wir unten (S. 263) treffen. Wegen des Urtheils und seines möglichen Inhalts s. l. 4. §. 2. l. 9. pr. l. 12. l. 14. pr. D. si serv. l. 5. §. 6. D. si ususfr. l. 8. C. de serv. (3, 34).

2) Rei vindicatio. Voraussetzung dieser Klage ist Besitzverlust auf Seite des Klägers — den unus casus ausgenommen [§. 2. *J. act. 4, 6.* worüber „noch ein Wort" von Zimmermann, in der Zeitschr. für Civilr. und Civpr. N. F. XI. Nr. 8. vergl. Vang. §. 332. a. E. S. 739. 6. Aufl.]; der römische Klagenspiegel räth sie jedoch nicht überall sofort als der Besitz verloren ist an (l. 24. D. r. v. 6, 1. vergl. oben S. 228). Wer zu belangen, und was der Zweck der Klage sei, läßt sich hiernach so ziemlich errathen. Doch waren in ersterer Beziehung die römischen Juristen nicht von jeher einig; und mag es seinen historischen Grund haben, wenn Einige, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrubi; wenn also derselbe meinte, ab eo apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse — l. 9. D. h. t. (6, 1) vergl. Gaj. IV. 16. Ein Auskunftsmittel ist auctoris nominatio; ob sie Constantin d. G. erst eingeführt hat (l. 2. C. ubi in rem act. ex. deb. 3, 19), darf dahingestellt bleiben; nicht dagegen der Streit, ob sie Recht, oder Pflicht, oder beides sei (vergl. Vang. §. 332. Anm. 3. I). Gegen den, der zur Zeit der Klage überhaupt nicht besitzt, bringt Vindicant nur ausnahmsweise durch: 1) l. 27. §. 1. D. h. t. — Item si litisc. tempore etc. 2) l. 25—l. 27. pr. eod. cf. l. 13. §. 13. D. her. pet. (5, 3). 3) l. 27. §. 3. l. 52. D. h. t. vgl. l. 157. §. 1. D. r. j. l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. D. her. pet. l. 95. §. 9. D. solut. (46, 3); — nur ausnahmsweise auch gegen den-

jenigen, der blos zur Zeit der Klage besitzt: l. 27. §. 1. cit. l. 68. D. h. t.

Die Actio selbst aber besteht auf Seite des Klägers in der Eigenthumsbehauptung (l. 66. D. h. t. — nostrum esse vindicabimus etc.), zu der sich alles andere als Folge, wie das s. g. Petitum, oder als Voraussetzung, wie die „rei designatio" (l. 5. §. 4. — l. 6. eod.) oder als beiläufiger Umstand wie die „causae adjectio" [z. B. *l. 11. §. 2. D. exc. r. jud. 44, 2: Si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit*] verhält; — auf Seite des Beklagten aber wie jeder Streit in Verneinung, Einrede oder Exception, es wäre denn, daß er durch Abläugnung des Besitzes dem Eigenthumsstreite selbst ausweiche, l. 80. D. h. t.: In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere — was er ohne Gefahr für den Ueberweisungsfall freilich nicht kann: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit [vergl. *l. 36. eod. l. 20. §. 1. D. int. in j. 11, 1. l. unic. Cod. uti poss. (8, 6.)*, die Endlicher'schen Fragm. Ulpians und Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. *IX.* 2. „über das *interd. quem fundum etc.*"]; die Worte „in rem actionem pati non compellimur" haben in unserem Prozeße freilich ihren Sinn verloren. Wir können durch Abläugnung des Besitzes heutzutage mehr blos dem Eigenthumsstreite, als der Eigenthumsklage vorbeugen; sie bildet einen Theil der negativen Streiteinlassung. Von den Exceptionen ist hervorzuheben 1) eine exc. rei venditae et traditae, welche, a) buchstäblich festgehalten, platzgreift: nicht nur in Fällen, wo Vindicant α) selbst verkauft und tradirt hatte, sei es daß er erst nachher Eigenthümer wurde [*l. 1. pr. l. 2. D. h. t. 21, 3: — quia et si etc.*], oder aber schon damals Eigenthümer war, und gleichwohl, trotz Verkauf und Tradition, Eigenthum nicht übertrug [erster Fall in *l. 49. D. mand. 17, 1; — l. 10. D. distr. pign. 20, 5*]; sondern auch β) in Fällen, wo ein Anderer verkauft und tradirt hat [*l. 1. §. 1. h. t.; —* zweiter Fall in *l. 49. D. mand.*, mit dem der buchstäblich zu fassende in l. 1. §. 2. h. t. nicht zu verwechseln ist (vergl. unten b. α.); — l. 3. §. 1. h. t. — sive in eam duntaxat rem successerint. l. 2. eod. l. 72. D. r. v. 6, 1. l. 4. §. 32.

D. doli m. exc. 44, 4; — l. 11. C. de evict. 8, 45, wogegen auffallenderweise von dem Erben des Bürgen ein anderes gilt: l. 31. eod.]; — b) ihrem allgemeineren Gedanken, nicht mehr dem Buchstaben nach, vorhanden ist in Fällen α) wo Vindicant blos verkauft, aber noch nicht tradirt hatte, er selbst (l. 1. §. 5. h. t.) oder sein Mandatar (l. 1. §. 2. h. t.); — wo β) statt des Verkaufes eine andere Veräußerung, oder aber γ) ein Kauf oder eine sonstige Veräußerung, aber vorerst blos bedingt vorläge: l. 7. §. 3. D. j. d. 23, 3: — si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant (viri) esse — worneben man aber l. 8. D. cond. causa dat. (12, 4), die von einer repetitio, nicht vindicatio redet, nicht anführen darf (wie Vangerow P. §. 334). — — Fragen wir nun aber, um vom Buchstaben nicht zu weit abzukommen, nach dem Gedanken, so wollen wir an der auch in den Quellen angedeuteten Regel unserer Praktiker: quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio, vielmehr loben, daß sie die meisten Fälle treffend bezeichnet, als tadeln, daß sie weder alle umfaßt (l. 10. D. distr. p. 20. 5.), noch in allen richtig ist (l. 31. C. evict. 8, 45) vergl. Vang. a. a. O. Anm. Nr. 3. S. 750 unten und fg. (6. Aufl.). Aber auch „auf ein obligatorisches Verhältniß, kraft dessen Vindicant dem Beklagten die Sache zu überlassen verpflichtet ist" (Puchta, P. §. 171. Arndts, P. §. 168. a. E.) werden wir nicht alle Fälle zurückführen können, wenn anders auch gegen den Schenker unsere Exceptio Anwendung findet. Allumfassend ist der dolus, als dessen besonderer Ausdruck unsere exceptio erscheint (vergl. l. 4. §. 32. D. doli m. exc.); aber warum ist es dolus, wenn der Erbe, obgleich ex sua persona, vindicirt, warum nicht, wenn der Erbe des Bürgen (l. 31. C. evict. cit.)? Auch sonst noch gibt es Fälle, in denen das „factum" (vergl. l. 31. C. cit.) der venditio, traditio schwächer ist als das jus der rei vindicatio, oder wie l. 1. §. 5. h. t. sagt, justa causa cur vindicet für den Eigenthümer vorliegt; so wenn die Veräußerung Gesetzen zuwiderliefe (l. 32. §. 2. D. ad SC. Vell. 16, 1. l. 16. C. praed. et aliis reb. min. 5, 71); hier bedarf dann aber der Vindicant einer Replik: si non adversus SC. etc. l. 32. §. 2. cit. l. 1. §. 5. cit. Wenn, z. B. wegen Mandatsüberschreitung, die Thatsache des Verkaufs oder der Tradition selbst nicht zu Stande

kommt, kann es zu keiner exceptio, darum auch zu keiner Replik kommen (l. 1. §. 3. cf. §. 2. h. t.); nicht in Widerspruch hiemit ist l. 7. §. 6. D. pro emt. (41, 4.) — quod si emtor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit, quo vilius mercaretur ... si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate ejus venditae: replicationem doli utilem futuram esse —? Nicht zu verwechseln mit den Repliken gegen unsere exceptio ist die exc. r. v. et tr. als Replik: l. 14. D. Publ. 6, 2. cf. l. 7. §. 6. D. pro emt. Wir heben 2) hervor eine exceptio doli, wenn Kläger die Sache begehren sollte, ohne des Beklagten Impensen vergüten zu wollen: nicht als ob nicht auch officio judicis auf letztere Rücksicht genommen worden wäre (vergl. l. 11. D. nox. act. 9, 4), wie neuerlich Dernburg (die Compensation, 1854. S. 228. Nr. VIII.) meint, sondern um allenfalls auch die Störrigkeit des Klägers brechen, d. i. den Beklagten absolviren zu können, woferne Kläger die richterliche Vermittlung ausschlug — si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumtibus, l. 27. §. 5. D. h. t. (6, 1). Auslagen auf den Anbau von Früchten kommen, wenn sie durch Fruchtbezug gedeckt sind, nicht weiter in Betracht (l. 48. D. h. t. vergl. l. 46. D. usur. 22, 1. l. 7. pr. D. sol. matr. 24, 3). Außerdem fragt sich, was für Auslagen (l. 79. D. v. s. 50, 16), und von wem (§. 30. J. div. rer. 2, 1. l. 5. C. h. t. 3, 32) und für wen sie gemacht sind [*l. 38. D. h. t.: — bonus judex varie ex personis causisque constituet — finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis carendum habeat etc.*]. Darnach kann es denn, woferne baarer Ersatz nicht gütlich erfolgt oder unmöglich ist, bald zur Absolution, bald zu litis aestimatio und deductio, bald zu bloßer Ablation gekommen sein und noch kommen müßen; exceptio doli aber bei uns immer schon stillschweigend aus dem Einwand der Auslagen entnommen werden.

Der Beweis, den Richter vom Vindicanten erwartet, ist freilich der, daß er Eigenthümer sei — ubi probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem l. 9. D. h. t.; was aber Vindicant jedesmal zu beweisen habe, um Eigenthum zu beweisen, ist weder hier noch sonst wo gesagt. Den noch nie verglommenen Zweifel, ob bei derivativem Erwerb auch das Eigenthum des Auktors zu

beweisen sei (probatio diabolica) müßen wir, trotz aller Anatheme, neuerdings anfachen durch die Frage: wie denn bei der gregis vindicatio, für welche kein originärer Erwerb zu Gebote steht, bewiesen wird? Die wir inmitte tausendfachen Eigenthums sitzen: kommt uns ein Zweifel an unser Eigenthum: deswegen, weil wir blos gekauft ꝛc., noch nicht usucapirt haben? Uns dünkt, daß der Richter kein besseres Gewissen zu haben brauche, als andere redliche Leute; und daß der Beweis mehr noch auf dem gemeinen Glauben und Gewissen, als auf Syllogismen beruhe. Muß doch selbst bei der Usucapion der Richter noch glauben — die b. fides. — Natürlich würde uns der Beweis, daß z. B. gekauft und tradirt sei, nur dann genügen, wenn Beklagter malae fidei possessor ist, d. h. seinerseits lediglich das klägerische Eigenthum läugnet, ohne selbst eine causa possessionis zu beweisen; erst wenn Beklagter gleich stark wäre, käme die Sache zur Entscheidung an die Usucapion; die Frage, wann beide gleich stark seien, müßte nach den Regeln der Publiciana in rem actio [von denen die in *l. 31.* §. 2. *D. a. e. e. v. 19, 1.* mit der in *l. 9.* §. 4. *D. Publ. 6,* 2. nicht vereiniget werden kann — s. dag. Vang. §. 335. Anm.: II. 2. b. — letztere aber allerdings vorgeht] beantwortet werden. Unter Umständen also dränge Vindicant durch, wenn er gleich nicht mehr erwiese, als b. f. possessionem — unter denselben Umständen nämlich, unter welchen der Publicianische Kläger siegt.

Publiciana i. r. actio, welche sonst der rei vindicatio folgt (l. 7. §. 8. D. h. t. 6, 2), aber nicht wie diese durch Eigenthum, sondern durch Usucapionsbesitz bedingt ist [*l. 7.* §. *17. l. 9.* §. 5. *l. 11.* §. 4. *D. h. t.;* Ausnahmen und Modificationen: *l. 12.* §. *1; l.* 12. §. 2; *l. 7.* §. 7. *(?) eod.*], welche dem Usucapienten nicht ohne Rücksicht darauf zusteht, daß er ohne die erfolgte Besitzunterbrechung Eigenthum erlangt haben würde (Gaj. IV. 36. §. 4. J. act.), unseres Erachtens also mala fide superveniente nach neuerem Rechte nicht mehr zusteht [s. dagegen Seuffert P. §. 157. Anm. 4. Vang. §. 335. *II. d.* Sell, dingl. RR. §. 101. S. 410. und die Meisten; — dafür Sint. §. 53. Not. 12. Schmid, §. 16. Not. 18.] — diese dem bonae fidei possessor gegebene Vindication würde nach unserer Beweistheorie nicht überflüssig; schon darum nicht, weil man,

wenn lediglich rei vindicatio zu Gebot stünde, denjenigen, der (ohne malae f. possessor zu sein) an seinem Eigenthume zweifelt, gleichwohl zur Behauptung des Eigenthumes zwänge; dann aber würde die Verschiedenheit der Intention immer noch einen practischen Unterschied mit sich führen. Denn denjenigen, welcher Eigenthum behauptet, müßten wir abweisen, wenn Beklagter erwiese, daß Kläger Nichteigenthümer sei: sei es auch daß Kläger b. f. possessionem und Beklagter sonst für sich nichts erwiesen hatte; nicht so beim Publicianischen Kläger.

Wenn wir bei der herkömmlichen Beweistheorie bleiben, wird es häufig gar nicht zum Vorschein kommen, ob der verurtheilte Gegner bonae oder malae fidei possessor war; ganz anders, wenn Beklagter schon auf den titulirten Besitz des Klägers zu antworten hat, aber nichts antworten kann. Ob aber Beklagter b. oder m. f. possessor sei, macht Unterschied in Ansehung des Urtheils, und zwar 1) bezüglich der Entscheidung, ob überhaupt Beklagter zu verurtheilen sei, ob nicht, [*l. 40. pr. D. her. pet. 5, 3.* vgl. *l. 21. l. 15.* §. 3. *D. h. t.*; — §. 30. *J. div. rer. 2, 1.* vgl. *l. 5. C. h. t. 3, 32.*] 2) worein er zu verurtheilen sei [§. 2. *J. off. jud. 4, 17.* Schrader, *ad h. l.* besonders zu dem Worte *paene*; *l. 5. C. h. t. 3, 32. l. 1. C. Th. fruct. et lit. exp. 4, 18*; vergl. *l. 20.* §. *6. l. 25.* §. 2. §. 4. §. *7. D. her. pet.*].

Eine Sache, Ein Eigenthum, Eine rei vindicatio. So ist denn unsere Klage grundsätzlich singularum rerum petitio (l. 1. pr. D. h. t.); Quantitäten gelten für Eine Sache (l. 6. pr. eod. vergl. S. 182. unten); nur ausnahmsweise können mehrere Sachen durch Eine vindicatio verfolgt werden (s. oben S. 176); und gleichwie an körperlichen Theilen Einer Sache regelmäßig kein Eigenthum, so geht auf einen solchen nur ausnahmsweise [*l. 5.* §. 1. *eod.* vergl. oben S. 180. a. E. des ersten Abs.] rei vindicatio. So wie dagegen Ein Eigenthum Mehrerer an Einer Sache pro indiviso möglich ist, so gibt es auch eine partis vindicatio (l. 35. §. 3. l. 76. pr. l. 8. eod.), unter Umständen sogar eine incertae partis vindicatio (l. 76. §. 1. eod.). — Wo mein Eigenthum durch accessorische Verbindung in fremdem Eigenthum für jetzt untergegangen ist (S. 179), kann vorderhand nicht vindicirt werden [*„non posse dici brachium tuum esse“ l. 23. §. 5. in fin. eod.*]; allein hier liegt einer der Fälle vor, in

denen rei vindicatio durch actio ad exhibendum präparirt werden kann (l. 23. §. 5. cit. S. 179. l. 6. l. 7. pr. — §. 2. D. ad exh. 10, 4), vorbehaltlich der schon in den XII. T. gemachten Ausnahme (l. 6. cit. l. 23. §. 6. D. h. t.).

§. 68.

Von den drei s. g. Theilungsklagen erscheint uns gemäß §. 64. als Eigenthumsklage, und zwar

I. als Grundeigenthumsklage die finium regundorum actio. Anlaß und Gegenstand derselben ist ein finis, das durch natürliche oder künstliche Marken gekennzeichnete Ende „einer ländlichen Besitzung" (Rudorff, grom. J. S. 434. l. 4. §. 10. D. fin. reg. 10, 1.). Hierin wurzelt aller Unterschied sowohl der alten controversia de fine (intra quinque pedes) als der de loco (vgl. Rudorff, a. a. O. §. 75. §. 76.) von der rei vindicatio; denn der Eigenthumsstreit schließt zwar den finis in sich, ist aber kein Streit um den finis; umgekehrt schließt der Streit um den finis das Eigenthum in sich, ist aber als solcher kein Streit um das Eigenthum. Meine Behauptung, die Wiese jenseits meines Baches gehöre mir, veranlaßt einen ganz anderen Streit (rei vind.), als die Behauptung, daß die Grenze meines Gutes um den Saum jener Wiese laufe, und also die Wiese noch herwärts gehöre (controv. de loco); dort stelle ich das Eigenthum voran, um zu meiner Grenze zu kommen; hier stelle ich die Grenze voran, um zu meinem Eigenthum zu gelangen (f. r. actio pro vindicatione rei est l. 1. D. h. t.). In beiden Fällen will ich ein richterliches Erkenntniß, aber dort eines nach den Regeln des Rechts, hier eines nach denen der Grenzkunst. Jedes Eigenthum hat seine Grenze (vgl. l. 4. §. 5. eod.), nicht jedes aber seine noch jetzt sicher oder überhaupt erkennbare Grenze (l. 2. §. 1. l. 8. pr. eod.), während umgekehrt irgend eine (gerade oder krumme Linie) nach den Regeln der Grenzkunst leicht als Grenze eines Eigenthums erscheint, dessen sie nicht ist. Kurz die Grenze kann für mich sein oder gegen mich. Ersteren Falls wird mir ein Grenzstreit willkommener sein, als ein Eigenthumsstreit; nicht als ob im Grenzstreit die Linie, welche sich nach den Regeln der Grenzkunst als meine Grenze darstellt, ohne weiteres als solche erkannt würde:

allein es liegt nunmehr dem Gegner ob, darzuthun, daß die scheinbare Grenze nicht die wirkliche, daß Er der Eigenthümer des streitigen Fleckes ꝛc. sei [*l. 11. D. h. t. l. 2. C. h. t. 3, 39.* vgl. Rud. Zeitschr. f. gesch. R. W. über die Grenzscheidungsklage X. S. 383.]. — Die Grenze scheint aber überall streitig sein zu müssen, damit es zu dieser Klage kommen könne [vgl. *„finium quaestio" „officium de finibus cognoscendis" l. 8. §. 1.* — *„finalis quaestio" l. 11. D. h. t. l. 3. C. h. t. „querimonia de finibus etc." Cic. leg. I. 18. Frontin.* Lachm. S. 38. f. Rudorff, grom. Inst. §. 71 fg. *„jurgium finale" l. 5. C. h. t. Nonius s. v. Jurgium*]; daß auf bloße Vermarkung (unstreitiger Grenzen) geklagt werden könne, ist aus den Quellen nicht zu erweisen (vgl. Vang. §. 658. Anm. 3.), geschweige denn, daß f. r. actio wesentlich eine Klage auf Vermarkung sei (Wiederholb, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XIII. Nr. 3. §. 3 fg.). Schon nach dem Begriffe des finis muß der Streit unter Grenznachbarn, nicht blos unter Nachbarn (l. 4. §. 10. D. h. t.), überhaupt aber der streitige finis ein confinium sein (l. 4. §. ult. — §. 6. eod. Rud. Zeitschr. a. a. O. S. 369 fg.). Vor allem sind freilich die Grundeigenthümer selbst zur Klage berechtigt; allein „et in agris vectigalibus, et inter eos qui usumfructum habent, vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi, et inter eos qui jure pignoris possident, competere potest (l. 4. §. 9. eod. l. 5. §. 3. D. arb. furt. caes. 47, 7.) — vielleicht um den fundus, dessen ja die Grenzen zunächst sind (l. 4. §. 5. eod.), wo möglich nie unvertreten zu lassen (vgl. Rud. a. a. O. S. 367. Vang. a. a. O. 2.); die Bestreitung des gegnerischen Rechtes (Eigenthum ꝛc.) beträfe nur die legitimatio ad causam: von der causa selbst (finalis quaestio) müssen wir sie trennen. — Die Klage geht in personam (l. 1. eod.), aber nur auch in personam (§. 20. J. act. 4, 6.); die Formel ist nicht erhalten (Rud. a. a. O. S. 376.). Aber sicher trat in ihr die Duplizität der Klage (l. 10. D. h. t.), die Vollmacht zur adjudicatio ein (Ulp. XIX. 18.), deren sich der Richter nicht nur in Ermanglung wahrnehmbarer, sondern auch zur Aufstellung festerer Grenzen (l. 2. §. 1. l. 3. eod. §. 6. J. off. jud. 4, 17.) [auch bei der bloßen Declaration der alten Grenze? *l. 4. pr. D. h. t. (?)* Hoffmann, Arch. f. civ. Pr. *XXXI. Nr. 16.* Wesen der *a. f. r.*

S. 509 fg.] bedienen mochte, — und die condemnatio wegen all der personales praestationes hervor, welche der einen oder anderen Partei oblagen (l. 4. §. 1 — §. 3. l. 3. eod.).

II. Communi dividundo actio — setzt rem communem voraus (l. 1. D. comm. div. 10, 3.); nihil autem interest, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit (l. 2. pr. eod.). Wir denken hier die res communis als Miteigenthum [was sie nicht schlechthin zu sein braucht: *l. 7. pr. §. ult. l. 10. §. 1. l. 19. §. 4. eod.*], sehen ab von den mannigfaltigen Obligationen, welche aus der communio erwachsen und durch die communi dividundo actio überall mit, utiliter zuweilen sogar für sich allein verfolgt werden können (l. 6. §. 1. l. 11. eod.), und fassen den nächsten Zweck der Klage, die divisio (l. 1. eod.) in's Auge. Daß zu dieser eine „Obligatio" bestehe [Puchta P. §. 373. Zimmermann, über die Theilung unter wenigen Communionsinteressenten Arch. f. civ. Pr. XXXIV. Nr. 9. S. 198.] können wir nicht finden, wohl aber eine dem Miteigenthum innewohnende, unveräußerliche (l. 14. §. 2. D. eod.) Macht zur Theilung, da diese jeder auch wider den Willen des anderen vermittelst unserer Klage zu bewirken vermag [*arg. l. 19. §. 1. eod. De vestibulo communi binarum aedium arbiter c. d. invito utrolibet dari non debet etc. l. 29. §. 1. eod. . . . posci judicem posse a quolibet sociorum . . etiam si unus ex sociis mutus (Vulg. invitus) erit* .. vgl. *l. ult. C. h. t. 3, 37*]. Sine judice kommen Theilende leicht nicht überein (s. oben S. 186.); darum dürfen wir aber in Anstellung der Klage nicht überall Ausübung jenes Zwangrechtes erblicken; häufiger entspringt sie dem beiderseitigen Wunsche nach richterlicher Theilung (arg. ll. citt.), dieser selbst bald aus wirklicher Uneinigkeit über das Wie der Theilung, bald aus bloßer Furcht vor Uneinigkeit. Ein Streit also braucht nicht vorauszugehen (vgl. Zimmermann, a. a. O. S. 195.). Die Jurisprudenz glaubte es ausdrücklich sagen zu müssen, daß der Richter auch wider Willen des Gegners um Theilung angegangen werden könne: so gewöhnlich war es, daß er mit beider- oder auch mehr- (§. 4. §. 5. J. off. jud.) seitigem Willen theilte (vgl. l. 13. l. 14. D. jud. 5, 1.). Die richterliche Theilung selbst geschieht durch Adjudication, mannigfaltig, je nach-

dem theilbare oder untheilbare, eine oder mehrere Sachen vorliegen [*§. 5. J. cit., §. 4. eod., l. 1. l. 3. C. eod. — nonnunquam et extraneo emtore admisso*]; dabei kann auch jener beiderseitige Wille der Parteien maßgebend werden (l. 21. l. 13. D. eod.). Divisio im engeren Sinne (§. 5. J. cit.) ist unsere Theilung nicht immer; selbst Alleineigenthum braucht sie nicht nothwendig zu schaffen (vgl. l. 25. §. 6. D. fam. herc. 10, 2.); wie wäre es sonst denkbar, daß et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest [*l. 8. pr. D. h. t.* vgl. *l. 2. §. 4. D. fam. herc. 10, 2;* Zimmermann a. a. O. S. 207 fg. und *Nr. XIV.* S. 823 fg.]? Denn mit oder wider C. können zwar A. und B. die Theilung auch auf den Theil des C. erstrecken, nicht aber ohne C. Immer ist gemeinsamer Wille Grundlage der Theilung; der widerstrebende kann gebrochen, nicht umgangen werden. Der Wille, von dem die Adjudicatio ausgeht, muß aber ein Wille der wirklichen Eigenthümer sein; unmöglich bekäme sonst der Richter die Macht zu der in jeder adjudicatio liegenden alienatio [vgl. oben §. 56. *Nr. 5.; l. 10. §. 2. D. h. t.*]. Wir sehen in der a. c. d. eine Theilung des Eigenthums, kraft Eigenthums: warum sie gleichwohl keine Eigenthumsklage sein soll: wir wissen es nicht. Dafür wollen wir noch kurz erwägen, wie denn doch auch unter Nichteigenthümern c. d. a. platzgreift. Einmal so, daß nicht Eigenthum, sondern gewisse jura in re, oder auch nur eine gewisse possessio zur Theilung kommen. Dieß ist entschieden in l. 7. §. 10. eod. der Fall, wornach dann die weiteren Fälle in l. 7. zu würdigen sind. Ueberall hier muß das judicium nur utile gewesen sein. Hier ist die Klage nicht Eigenthumsklage, darum aber noch nicht Forderungsklage. Dann aber scheint es auch vorzukommen, daß Eigenthum durch einen Nichteigenthümer zur Theilung gebracht wird. Hier muß zwischen Provocat und Provocanten, Adjudication und Abjudication unterschieden werden. Daß ein Nichteigenthümer provozirt werden könne, braucht keinen Beweis; so viel auf ihn ankommt, wird ihm auch wirksam abjudicirt [vgl. *l. 1. C. comm. tum fam. herc. quam c. div. 3, 38. l. 7. §. 13. D. h. t. — partem . . quam . . per adjudicationem emit —;* und eben darum verdient der Pfand-

gläubiger besondere Rücksicht *l. 7. §. 13. cit.*]; aber was ihm abjudicirt werden könnte, ist nicht vorhanden: es wäre denn, daß er anstatt des Eigenthümers dastünde. Steht so nicht etwa der Pfandgläubiger da? (l. 7. §. 13. eod.). Sonder Zweifel [*l. 29. D. fam. herc. Voët, comm. ad Pand. ad h. t.* §. *1.*]. Provociren dagegen kann nicht einmal der wirkliche Miteigenthümer schlechthin (l. 18. D. except. 44, 1. l. §. 1. D. fam. herc.), geschweige denn der Nichteigenthümer; bringt er es dennoch zum judicium c. d., so kann ihm auch jetzt wirksam abjudicirt werden; zum Abjudiciren ist wiederum nichts da: er verträte denn abermals den Eigenthümer. Ist dies auch hier in der Person des Pfandgläubigers der Fall? Wir wüßten weder einen Beleg, noch einen Grund (vgl. Voët, a. a. O.). Dasselbe gilt vom b. f. possessor (vgl. l. 7. §. 2. D. h. t. qui in rem Publicianam habent —).

2. Die Praedialservituten.

§. 69.

Auf Seite des herrschenden Grundstückes denken wir die Prädialservituten als Rechte, dürfen und können wir sie zwar nicht denken als Rechte „der Grundstücke", dürfen und müssen wir sie aber denken als Rechte des „Grundeigenthums" (§. 48.). Römischem Sprachgebrauche zufolge dürfen wir das „jus praedii" (l. 15. D. pign. act. 13, 7.), das „jus fundi" (l. 20. D. serv. 8, 1.), die jura praediorum (l. 20. §. 3. D. s. p. r. 8, 3.), die „jura praediorum urb. et rust. (Gaj. II, 13. 29. pr. J. h. t. l. 1. §. 1. D. div. rer. 1, 8.) als ein Recht des Grundeigenthums, den fundus servus und liber als belastetes und freies Grundeigen übersetzen (s. oben §. 49.). Dann aber ist unser Recht unmöglich, nicht blos ohne Grundstücke (wie l. 1. §. 1: D. comm. serv. 8, 4. auf den ersten Blick zu sagen scheint: Ideo hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt —), sondern unmöglich ohne Grundeigen (wie denn weiterhin auch aus l. 1. §. 1. cit. hervorgeht: Nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium). Einmal gegründet ist es Bestandtheil eines Grundeigenthums; darum folgt es diesem stillschweigend wie jeder andere Bestandtheil desselben, von Hand zu

Hand (— si forte servitutes debebuntur fundo, qui traditus est, cum jure servitutium debitarum transfertur (l. 20. §. 1. D. a. r. d.); darum hat es, in Wesen und Inhalt, die Art des Eigenthums, kann ebensowenig als dieses in wahre Forderungen ausschlagen [*in faciendo consistere l. 15. §. 1. D. serv. 8, 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*], dagegen so gut wie dieses Gebrauchsbefugniß (jus eundi etc.) Klag- und Verbotsmacht sein: *„quia jus aliquod prohibendi habemus" l. 1. §. 17. D. o. n. n.*, vgl. oben S. 174. 183; *„aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam l. 6. §. 1. D. si serv. vind. 8, 5; „jus sibi prohibendi esse" l. 11. eod.*]. Es ist Bestandtheil des Grundeigenthums, allein weder ein anfänglicher, noch ein nothwendiger, erscheint darum als eine (nun nicht mehr körperliche) Accession [*l. 14. pr. D. serv. 8, 1. — servitutes pr. r. etiam si corporibus accedunt, tamen incorporales sunt;* vgl. *l. 12. D. quemadm. serv. am. 8, 6.*] oder nachträgliche Erweiterung desselben [*posteaquam jus suum deminuit alterius auxit l. 5. §. 9. D. o. n. n.*], und muß also, weil an der eigenen Sache mehr Recht, als das Eigenthum geben kann, unmöglich ist, und an res liberae keine bloßen Servituten erstehen mögen, über diese hinaus auf fremde Sachen greifen, d. h. jus in re (an eines Anderen Eigenthum — vgl. §. 49.) sein [*„nulli res sua servit" l. 26. D. s. p. u. 8, 2; „servitus servitutis esse non potest". l. 1. D. usu et usufr. 33, 2.*].

Auf Seite des dienenden Grundstückes ist es also wiederum kein bloßes Grundstück, sondern Eigenthum (Grundeigenthum, solum, superficies l. 3. D. serv. 8, 1.), woran unser Recht haftet. Dies zeigt sich darin, daß die Servitut als eine gewisse Eigenschaft, nicht etwa des Grundstückes, sondern des Eigenthums wirkt [*— dominium ... tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit — l. 20. §. 1. D. a. r. d.*]; wenn gleichzeitig von einem fundus servus, liber, die Rede ist, so bedeutet fundus nirgends sicherer Grundeigenthum als hier; weil man den Gedanken an Freiheit nur aus dem Eigenthum,

nicht aus dem Boden schöpfen konnte; — weil, wenn wirklich der Boden gemeint wäre, nicht abzusehen ist, wie und warum er noch liber heißt, nachdem Eigenthum an ihm besteht, und servus erst in Folge der viel leichteren Servitut. Um aber, unabhängig von dem Wechsel der Besitzer, auch auf dienender Seite fortzubestehen, braucht die Servitut wiederum nur am Eigenthum, nicht unmittelbar am Boden zu haften; denn auch das Eigenthum ist unabhängig von dem Wechsel der Eigenthümer, und ausdrücklich an seinen Uebergang ist der der Servitut geknüpft (l. 20. §. 1. cit. dominium tale transfertur etc.).

Unsere Auffassung scheint ihre Probe bestehen zu sollen in dem Fall, wo das Eigenthum, auf dienender oder herrschender Seite, derelinquirt wird. Denn daß eine Servitut ohne Eigenthum entstehen könne, wagt Niemand zu behaupten; und auch Elvers behauptet es nur „unter — doch wohl bedenklichen — Umständen" (die röm. Servitutenlehre, I. 1854, S. 30.); hingegen könne, sagt Elvers a. a. O., die (einmal gegründete) Servitut „ganz unverändert fortbestehen": wenn die dienende Sache nachher derelinquirt wird. Wir werden diesen Satz so wie die Analogie des ususfructus an einem servus sine domino Ulp. I, 19. l. 1. pr. C. comm. de manum. (7, 15.) zugeben dürfen: zugeben, daß eine Servitut auch ohne Eigenthum eine Zeit lang existiren — sich fortfristen kann; allein auch behaupten dürfen, daß dieses nur darum und insoferne möglich ist, als das dienende Grundstück wieder einen Eigenthümer bekommt (vgl. Böcking, Inst. Anm. 18.).

Die P. S. ist noch in einem anderen Sinne Bestandtheil, Accession des Grundeigenthumes: wir dürfen sagen, in einem ökonomischen (statt juristischen) Sinne. Ihr Nutzen nämlich muß ein Nutzen des Grundeigenthums sein — [nicht etwa des Grundeigenthümers: *l. 8. pr. D. serv. 8, 1. l. 6.* §. *1. D. s. p. r. 8, 3. l. 4. eod. l. 3. pr. D. aqua 43, 20*; — also auch *perpetuam* und *naturalem causam* haben: *l. 28. l. 29. D. s. p. u. 8, 2. l. 1.* §. *5. D. aqua. l. 1.* §. *4. D. fonte 43, 22. cf. l. 9. D. s. pr. 8, 3. l. 2. D. comm. pr. 8, 4;* — irgend eine Nachbarschaft der Grundstücke versteht sich von selbst: vgl. Elvers, a. a. O. §. 18. z. B. *l. 38. D. s. p. u.;* in *l. 5.* §. *1. D. s. p. r.* liegt der Ton nicht auf *vicinum;* unrichtig bringt

man mit diesem Erforderniß *l. 38. D. s. p. r.* in Zusammenhang (Elvers, a. a. O. S. 173.), woselbst es sich nicht um die Nachbarschaft der Grundstücke, sondern darum handelt, ob man eine *via* zu Schiff fortsetzen könne; bei blos mittelbarer Nachbarschaft braucht die S. nicht auch auf den mittleren Grundstücken zu lasten: mit *l. 7. §. 1. D. s. p. r.* vgl. *l. 23. §. 3. eod. l. 1. pr. D. s. p. u.*; durch ein immitten liegendes *solum publ.* oder *via publ.* werden nur gewisse SS. verhindert *l. 1. pr. cit.*]. Die Versuchung, diese ökonomische Zugehörigkeit aus der juristischen abzuleiten, oder umgekehrt diese aus jener, liegt nahe; in Wahrheit aber führt uns keine Logik von der einen zur anderen; dagegen der Anlaß und Zweck dieser Servituten zu beiden zugleich. Schon vor der Austheilung des gemeinen Landes müssen Weg und Wasser nicht als Spaziergänge und Badplätze der Markgenossen, sondern als Weg und Wasser der gemeinen Weide, Trift und Holzung, kurz als Mittel und Beförderung des Gemeinlandes und seiner Nutzung gedacht sein, [vgl. G. L. v. Maurer, Gesch. der Markenverf. 1856. §. 91. Rudorff, grom. J. S. 400]. Ihrer gingen bei der Austheilung manche manchem verloren; mancher Weg und also manches Wasser manchem ager privatus; die leges agrorum mochten, sie konnten nicht alles Bedürfniß überschauen, geschweige decken; Verträge der Grundeigenthümer sollten ersetzen, was die Theilung genommen: Weg und Wasser dem Land, nicht der Person. In der Absicht solcher Verträge lag beides zugleich: nichts anderes als ein Vortheil für den ager privatus — einer der „beim Gute" bleiben sollte. Wir wollen nicht behaupten, daß der Vertrag von jeher, für sich, ohne Unterstützung des Rechtes, diese Kraft hatte, ein jus praedii zu schaffen, sondern nur annehmbar machen, daß jene doppelte Grundeigenthums-Zubehörigkeit der P. S. von Anfang an in ihrem Zwecke lag. Ein Aehnliches bei städtischen Anwesen aber läßt sich leicht denken.

§. 70.

Arten.

1) Nach unserem Begriffe von servitus praedii sowohl, als nach dem römischen Sprachgebrauche, wornach die ss. pp. rr. und uu. „jura" entweder der pp. rr. oder der pp. uu. sind, ergibt sich von selbst, was auch die gemeine Ansicht ist: daß unter

den praedia hier die herrschenden gemeint, bei der Eintheilung der SS. in ss. pp. rr. und uu. also „Servituten für bäuerliche oder städtische Anwesen" zu denken seien. Daß darnach Servituten, welche für bäuerliche Anwesen aufgekommen und heute noch vorzugsweise in deren Dienst sind, auch in den von städtischen Anwesen übergehen können, und darnach zu städtischen SS. werden, und umgekehrt, läßt sich denken, und wird durch die Quellen bestättiget [z. B. *l. 15. pr. D. serv. 8, 1. l. 2, D. s. p. r.; l. 11. §. 1. D. Publ. 6,* 2. *l. 14. l.* 7. §. 1. *D. comm. pr.* 8. *4*], es liegt darin eine Probe für die Richtigkeit der herrschenden Ansicht. Kein Wunder, daß ihre Gegner sie zu zerstören suchten (s. z. B. Pfordten, civ. Arch. XXII. S. 17. §. 2). — Indessen will nicht verhehlt werden, daß wir durch unsere Ansicht in einige Verlegenheit kommen: der rechtlichen Unterschiede wegen, welche mit dem der s. p. rustici und urbani verknüpft sind; soll z. B. eine s. altius non tollendi anders behandelt werden als sonst, wenn sie einmal als Landservitut vorkommt? Von hier aus namentlich hat sich denn auch jene Gegnerschaft gebildet. Um von einer früheren Meinung: daß die Eintheilung von dem dienenden Grundstücke ausgehe [vergl. Glück IX. §. 622. Not. 59], abzusehen, sind auch in der neuesten Ausgabe der Vangerow'schen Pandecten (§. 339 II.) ss. pp. urbanorum immer noch diejenigen, welche in einem jus faciendi — ss. pp. rusticorum diejenigen, welche in einem jus probibendi oder habendi bestehen. Entweder soll das heißen: bäuerliche Servituten müssen in einem jus faciendi bestehen und können nicht anders; und auch die städtischen sind in diese dialectische Fessel geschmiedet; — oder aber: mögen Prohibitiv- oder Habe-Servituten einem bäuerlichen oder städtischen Anwesen zugehören, immer sind sie ss. pp. urbanorum; u. s. f. Würde demnach ein Bauernhof nicht noch am Ende ein praedium urbanum, dadurch daß er eine Prohibitivservitut erwirbt? All das ist wunderlich, überdies unwahr (vergl. ll. citt. Puchta, P. §. 183. not. e). Pfordten machte aus den servitutes praediorum Servituten unter Grundstücken; verflachte das praedium rusticum zu einem „leeren" Grundstücke, das praedium urbanum zu einem mit einem Gebäude; machte aus der „S. eines p. r." eine S. „unter Grundstücken, von denen wenigstens eines ein rusticum ist",

u. s. f. — und fand für all das Beweise: z. B. in §. 3. J. h. t. Ideo .. hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt — indem er den Nachsatz wegließ: nemo enim potest servitutem acquirere u. vel r. praedii, nisi qui habet praedium. Wir müssen dabei verharren, daß s. p. rustici die einem praedium rusticum zustehende Servitut u. s. f. sei, und dürfen der aus dieser Eintheilung entspringenden Unberathenheit nicht sie selbst zum Opfer bringen; freilich um eben jener Unberathenheit willen auch nicht die Unterschiede der ss. pp. rr. und uu. zu verwischen suchen (vergl. Elvers §. 37 — §. 41). Praedium rusticum aber ist nicht blos der leere Boden: das Bauernhaus und Oekonomiegebäude gehören mit zum praedium rusticum, als ein Accessorium des letzteren (Huschke, Studien I. 344. Varro r. r. I. 13. l. 8. D. quib. mod. usfr. am. 7, 4). Bedenkt man, daß auch solche Gebäude die Bedürfnisse von Gebäuden haben können, mithin denselben Servituten zugänglich sind, wie andere Gebäude, und aber darum, daß solche Servituten wirklich für sie bestellt werden, keine praedia urbana werden, so erklärt sich nichts leichter, als eine Stelle, welche Vangerow, bei seiner Ansicht, für räthselhaft erklären, Pfordten aber in ähnlicher Weise wie §. 3. J. h. t. auslegen mußte: l. 2. D. s. p. r. Rusticorum pp. servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere.

2) Von unserer modernen Eintheilung in „affirmative" (oder „positive") und „negative" SS. wissen unsere Quellen nichts — und dürfen sie nichts wissen; denn dieser Eintheilung fehlt nicht mehr als Einheit des Gesichts= oder Standpunktes. Die Quellen stellen sich, was den Inhalt der PP. SS. anlangt, auf den Standpunkt des dienenden Grundeigenthums [*l. 15. §. 1. D. serv. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis . . . sed ut aliquid patiatur aut non faciat*]. Von dem des Berechtigten aus sind sie, wenn wir von ihrem gemeinen Inhalte als dingliche Rechte absehen, wie schon bemerkt, entweder Befugniße (Gebrauchsbefugniße — jus eundi, agendi, aquam ducendi, tigni immittendi etc.) oder rechtliche Macht (Verbotsmacht) (vergl. oben S. 174). Die Glieder dieser Eintheilung kommen in den Quellen zerstreut vor als „jus faciendi und pro-

hibendi“ (S. 235. 232). Auch das aber ist schon beigehend berührt worden, daß sich das Grundeigenthum nicht nur in dem gemeinen Nachbarrechte der a. pl. arcendae actio, sondern auch vermittelst einer unserer Prädialservituten über seinen gewöhnlichen Inhalt hinaus bis zu einem der Forderung sich annähernden Zwangsrechte erhebt (S. 231. 261. II.). — Dem pati dort entspricht das jus faciendi hier, überhaupt der Beschränkung des Eigenthums dort die Erweiterung des Eigenthums hier (S. 253). Neuerlich läugnet Kuntze, daß die Servitut eine Beschränkung des Eigenthums enthalte (Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II. H. 3. Recension von Elvers Serv. Lehre S. 239.), räumt aber ein, daß sie eine Beschränkung seiner Ausübung enthalte (S. 241.), natürlich seines Ausübungsrechtes; wir gestehen nicht einzusehen, wie das nebeneinander denkbar sei. Sofort aber liegt nichts näher, als daß die Erweiterung des einen Eigenthums nicht nur neben, sondern aus der Beschränkung des andern, mithin aus dem Eigenthum, durch die Macht seiner Selbstbeschränkung sei und entstehe. Das hat Kuntze, abgesehen von der Beschränkung, richtig bemerkt (a. a. O. S. 241. oben), und wird auch sonst kaum verkannt (vgl. Elvers, a. a. O. S. 43.). Man streitet aber noch darüber, ob die durch das Eigenthum creirte Servitut auch ihrem Inhalte nach aus dem Eigenthum herrühre [was nach Büchel, Erört. I. Nr. 3. im Ganzen und Großen von den Meisten angenommen wird], oder ob sie dem Inhalte nach ein „primitives“, nicht erst „vom Eigenthum abgelöstes“ Recht sei (Kuntze a. a. O. S. 241. Elvers a. a. O. §. 5.). Von denen, die sonst der herrschenden Ansicht folgen, unterscheidet Vangerow (§. 338. Anm. 1, 2.) auch jetzt noch (6. Aufl. S. 783.) eine „eigentliche Verminderung der Eigenthumsrechte“ von einer „bloßen Beschränkung“ derselben, und glaubt, daß nur im ersteren Falle (bei den ss. pp. uu. nämlich) gewisse „Befugnisse wirklich vom Eigenthumsrechte abgelöst sind“, während sonst „der Berechtigte dieselben nur auszuüben hat.“ Indessen scheinen wenigstens die Römer, nicht nur in den Personalss. [*„deductio“ usus fructus; „nuda“ proprietas*], sondern auch in den Prädialss. überall in der Beschränkung zugleich eine Verminderung erblickt zu haben (l. 5. §. 9. D. o. n. n. „posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit). Scheurl dagegen macht

geltend, daß in den Servituten überall nicht sowohl die Befugnisse des dienenden Eigenthums, als ihr Gegentheil enthalten sei (Zeitschr. f. gesch. R. W. XII. S. 242 fg.); nicht als ob darum die Servitut ihren Inhalt nicht vom dienenden Eigenthum habe, vielmehr ist ehemaliger Eigenthumsinhalt in dieses Gegentheil verwandelt. Daß hierin Wahres enthalten sei, läßt sich nicht längnen: indem, wer eine s. in patiendo bestellt, auf eine Macht (der Prohibition) verzichtet und eine Befugniß schafft; wer eine s. in non faciendo bestellt, auf eine Befugniß verzichtet, und eine Macht (der Prohibition) schafft. Arndts (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. III. S. 253 fg.) räumt das ein, führt aber aus, daß nichtsdestoweniger dem Servitutenberechtigten „keine Befugniß zustehen könne, die nicht, wenn die Servitut „nicht bestände, dem Eigenthümer zustehen würde"; die Einräumung der dem Servitutenberechtigten zustehenden Befugniß (oder Macht) sei nächster Zweck der Servitutenbestellung und der Verzicht auf das derselben gegenüberstehende Gegenstück bloße Folge; man dürfe das Verhältniß nicht umkehren, und das Letzte vor dem Ersten (oder allein) in's Auge fassen. Uns will bedünken, daß der Inhalt des Geschaffenen dem Schaffenden nicht schlechthin gleich sein müsse; daß der Inhalt der Prädialss. zwar aus dem dienenden Eigenthum entnommen, durch dasselbe geschaffen, und dann auch seinem Geschlechte nach eigenthumsartig sei; daß er aber gleichwohl, durch den Einfluß der Umstände, eine besondere, nicht auch schon im Eigenthum dagewesene Individualität empfangen habe.

§. 71.

Einzelne Prädialservituten.

I. SS. pp. rusticorum. 1. Wegrechte. a) iter. Ueber den nothwendigen und möglichen Inhalt dieser Befugniß s. l. 1. pr. l. 7. pr. l. 12. D. h. t. (8, 3.) vgl. l. 4. §. 1. D. serv.; über Richtung und Breite insbesondere s. l. 13. §. 1. §. 2. D. h. t. b) actus. Ueber den nothwendigen und möglichen Inhalt dieser Befugniß, Breite und Richtung ll. citt. l. 13. D. serv. Große Schwierigkeit machen l. 4. §. 1. D. si serv. (8, 5.) Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur — und l. 1. D. adim. leg. (34, 4.) Qui actu legato iter

17 *

adimit, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest [vgl. *pr. J. serv. pr. 2, 3. l. 1. pr. D. h. t. l. 2. D. quemadm. s. am. 8, 6; l. 13. §. 1. D. accept. 46, 4.*]. Von den verschiedenen Vereinigungsversuchen (vgl. Vang. Anm. 2. Böcking, Inst. §. 170. Anm. 21.) befriedigt keiner. c) via „et iter et actum in se continet" (l. 1. pr. D. h. t.), ist aber überdieß „Straße" und wesentlich Fahrrecht, weßhalb von gewisser Richtung (l. 9. D. serv.) Breite (l. 8. l. 23. D. h. t.) und Höhe (l. 7. pr. eod.). Ueber all diese Wegrechte und ihre Entwicklung s. Puchta, kleine civ. Schr. IV. Ihnen schließt sich die servitus navigandi in l. 23. §. 1. eod. an.

2. Wasserrechte. Kein Wasserweg, wie dieses jus navigandi, sondern ein Weg für das Wasser („iter aquae") ist a) der aquaeductus [*l. 15. l. 21. D. h. t. l. 40. §. 1. D. c. e. 18, 1. l. 16. l. 19. pr. D. quemadm. s. am. 8, 6. l. 8. D. aqua 43, 20.* u. s. f.]. Dieser Name, die Definition (l. 1. pr. D. h. t.), und der Umstand, daß aqua profluens — die hier vorausgesetzt wird l. 1. §. 6. D. aqua 43, 20. — res communis omninm ist (l. 2. §. 1. D. div. rer. 1, 8.), beweisen zur Genüge, daß es sich hier nicht um ein Recht „am Wasser" handelt. Wenn wir gleichwohl von einem „jus aquae lesen [z. B. *l. 47. — 49. D. c. e.* — das übrigens manchmal nur ein Privileg bedeutet z. B. *l. 7. C. serv. 3, 34.* vgl. *l. 1. §. 38. sqq. D. aqua.*], so macht uns das allerdings noch auf einen weiteren Gehalt unserer Servitut aufmerksam: l. 1. §. 27. D. aqua (43. 20.) Labeo putat, per hoc Interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat, fodiat, serat, succidat, putet, aedificet, qua ex re ea aqua, quam ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur, vitietur, corrumpatur, deteriorve fiat; sie besteht nicht blos in patiendo, sondern auch in non faciendo, — nicht blos in Duldung des Zutritts (vgl. l. 3. §. 1. D. a. r. d. 41, 1.), sondern auch in einer gewissen Enthaltung gegenüber dem Wasser von Seite desjenigen, „ad quem usus ejusdem aquae, (nach der Lage des Grundstückes und abgesehen von der Servitut) pertinet" (vgl. l. 4. C. serv.), so daß er das dem Servitutberechtigten zugemessene Wasser namentlich auch nicht „stehlen" darf; — wornach sie denn auch keine bloße Befugniß (aquam ducendi), sondern zugleich eine Macht ist, der Ver-

kümmerung des Wassers zu steuern (vgl. l. 10. §. 1. D. si serv.) und also jus aquae oder jus in aqua (l. 8. D. a. pl. a. 39, 3.) heißen mag. Der aqd. kann nach obigem eine Leitung nicht nur aus einem, sondern auch über ein fremdes Grundstück sein; [*l. 10. §. 1. D. si serv.* — Consequenzen: *l. 20. §. 2. l. 31. D. h. t. l. 19. pr. D. quemadm. s. am.*]; daß er eine Leitung ex capite sei (l. 1. §. 7. §. 8. D. aqua), ist nicht mehr nothwendig (l. 2. D. comm. pr. 8, 4. l. 9. D. h. t.), daß eine Leitung aus einem aqd., immer noch nicht möglich (vgl. l. 24. D. h. t.; s. jedoch l. 33. §. 1. eod.). Ueber die Richtung des aqd. s. l. 21. l. 22. l. 26. D. h. t. l. ult. D. aqua; tempora und mensurae in l. 5. pr. l. 2. D. aqua. l. 15. D. h. t. l. 7. l. 10. §. 1. D. quemadm. s. am.; Material l. 17. §. 1. D. á. pluv. a. (39, 3.). Reparatur ist in dem Rechte dieser S. stillschweigend und nothwendig inbegriffen (l. 11. D. comm. pr.), der Besitzstand im ductus enthält auch den der Reparatur (vgl. S. 93 unten, u. fg.), ganz anders als bei den Wegrechten, die das jus reficiendi nicht nothwendig enthalten (S. 91.). Von den Rivalen unten §. 76. Nr. 1. a. E. l. 1. §. 26. l. 4. l. 5. D. aqua (43, 20.). Denken wir den aqd. blos als s. p. rustici, so ist das interd. de aqua weiter als er; ja dieses scheint sogar die Grenzen, nicht nur der Prädialservituten, sondern der Servituten überhaupt zu überschreiten (l. 1. §. 12. l. 3. pr. D. aqua. vgl. S. 92.). — Die übrigen Wasserrechte, als: b) aquaehaustus [*l. 1. §. 6. D. aqua l. 33. §. 1. l. 2. §. 1. l. 3. §. 3. l. 9. l. 20. §. 3. D. h. t. l. 14. §. 2. D. serv.*], c) pecoris ad aquam appulsus [*§. 2. J. serv. pr. l. 4. D. h. t.*] d) die s. g. s. aquam educendi (l. 29. D. h. t.) — werden, gleich den übrigen ss. pp. rr. (l. 3 — 6. D. h. t.), nur mehr als „in rusticis computandae" bezeichnet [*l. 1. §. 1. eod.* vgl. *l. 2. D. comm. pr.*].

II. SS. pp. urbanorum. 1. In patiendo: s. tigni immittendi l. 242. §. 1. D. v. s. l. 8. §. 1. D. si serv, — s. oneris ferendi (l. 6. §. 2. l. 8. pr. D. si serv.). Das dieser S. innewohnende Zwangsrecht [*l. 6. §. 2. cit.: . . . actio nobis competit . . . . jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda — l. 8. pr. cit.: . . actio contraria dabitur, hoc est jus tibi non esse, me cogere*], läßt sich schlechterdings und auch von Puchta (P. §. 184. c.) nicht

in das gewöhnliche Servitutengeleise bringen; es bleibt uns nur übrig, das Bedürfniß nach einer solchen Ausschreitung aufzusuchen; Fälle wie der in l. 36. D. h. t. (8, 2.) vgl. l. 33. eod. möchten die ersten, wenn auch nicht die einzigen, sein vgl. oben S. 231.) — s. projiciendi: l. 242. §. 1. D. v. s. l. 22. §. 4. D. quod vi aut cl. 43, 24. protegendive: l. 2. D. h. t. — s. stillicidii recipiendi (immittendi, avertendi, scil. in tectum, aream) l. 2. l. 20. §. 2. — §. 6. eod. — s. fluminis recipiendi l. 28. eod. — s. fumi, vaporis immittendi: l. 8. §. 5 — §. 7. D. si serv. — s. cloacae mittendae l. 7. D. serv. l. 1. pr. §. 4. D. cloac. 43, 23. — s. sterculini secundum parietem alterius habendi: arg. l. 17. §. 2. D. si serv. — — 2. In non faciendo: s. altius non tollendi l. 2. l. 12. D. h. t. l. 5. l. 6. D. si serv. — s. ne luminibus officiatur: l. 16. D. h. t. l. 4. l. 17. pr. — §. 2. D. h. t. — s. ne prospectui offendatur: l. 16. l. 15. eod. — s. luminum l. 4. l. 40. eod. l. 8. C. serv. (3, 34.), Vang. §. 342. Anm. 1. Nr. 2. 3. — — Auffallend ist das Vorkommen einer servitus altius tollendi, luminibus officiendi, umgekehrt einer s. stillicidii non avertendi, [§. 1. *J. serv. 2, 3. Theoph. ad h. l. l. 2. D. h. t. l. 2. pr. D. s. p. r. l. 7. §. 1, D. comm. pr. l. 26. pr. D. exc. r. j. 44, 2.*], also wohl überhaupt von ss. pp. uu., in denen die Freiheit von der gegenüberstehenden S. selbst zur Servitut (jus praedii) geworden ist. Die verschiedenen Erklärungen s. bei Vang. §. 342. Anm. 3. Puchta P. §. 184. Böcking, Inst. §. 171. Arndts, P. §. 185. Anm. 6. Daß die Freiheit von einer Servitut selbst Servitut, d. i. Accessorium des Grundeigenthums (s. oben S. 253.) werden könne, scheint uns in der von Elvers §. 39. vorgeschlagenen Weise [*in jure cessio* zur Aufhebung einer bestehenden Servitut: *l. 21. D. s. p. u. Si domus tua aedificiis meis . . servitutem deberet, ne altius tolleretur . . . . et tibi concessero „jus esse invito me altius tollere l. 20. D. s. p. r.*] denkbar; hier ward die betreffende Freiheit als ein jus praedii constituirt, und mußte denn auch als solches stehen bleiben: ausgezeichnet vor der nicht constituirten übrigen Freiheit. Möglich daß aus demselben Grunde auch in der von Scheurl (Zeitschr. f. g. R. W. XII. S. 255 fg.) ausgeführten Weise Servituten dieser Art entstunden; auch mochte wirklich

practisches Bedürfniß dazu anleiten, seine natürliche Freiheit z. B. von einer s. altius n. t. in die juristische Form eines „jus" invito eo altius tollendi zu deduciren; denn wie wir meinten ist der Negatorienkläger keineswegs immer von dem Beweis der Freiheit frei (S. 241.), ja solchen Prohibitivservituten gegenüber häufiger nicht frei (S. 242. l. 6. §. 1. D. si serv.); außer der Urkunde der Constituirung aber gewinnt der Eigenthümer durch letztere überdies ein positives Beweisthema, anstatt des ursprünglichen negativen. Diese förmliche Constituirung eines auch außerdem vorhandenen Rechtes (eines Rechtes einer-, eines pati, non facere debere anderseits) mochte für die Annahme einer S. genügen, nicht aber der bloße Umstand, daß eine Partei durch Contumaz zu einer actio jus sibi esse invito eo altius tollere etc. gedrängt war (l. 15. D. o. n. n.). Ueberhaupt aber darf der Unterschied von Servituten, welche zum Eigenthum erst hinzutreten, und Servituten, die aus dem Eigenthum nur hervortreten, nie verkannt werden. — Etwas anderes als die Befreiung von einer Servitut wäre die Befreiung von Schranken gemeinen Nachbar-, z. B. Baurechts; sie könnte zu einer gewöhnlichen (accessorischen) Servitut führen — vorausgesetzt nämlich, daß diese Beschränkung nicht juris publici in dem Sinne von l. 38. D. pact. (2, 14.) ist. Daß das Baurecht, von welchem l. 11. pr. D. s. p. u. handelt (vgl. die nichtjur. Schriftsteller bei Elvers S. 347. not. e.), kein solches jus publicum war, läßt sich vermuthen (l. 11. §. 1. eod. l. 12. §. 1. l. 13. C. aedif. priv. 8, 10.), nicht beweisen; aber auch wenn es sich beweisen ließe, könnten schwerlich alle die fraglichen Servituten auf eine Befreiung von solchem Baurecht zurückgeführt werden (vgl. Arndts a. a. O. Seuff. P. §. 164. Anm. 17 u. 18.).

3. Die Personalservituten.

§. 72.

So nennt man Servituten, welche nicht mehr als Rechte des Grundeigenthums, sondern unmittelbar als Rechte von Personen erscheinen (l. 1. l. 15. pr. serv. l. 4. l. 20. D. s. pr.). Außer dem Namen (der jedoch von den Prädialservituten vorzugsweise gebraucht wird Rubr. Dig. 8, 1.), und daß auch sie jura in re sind, ist ihnen, wie sich unten (§§. 73 fg.) des weiteren

ergeben wird, mit jenen manches gemein; namentlich eine tief in das Wesen beider greifende Unveräußerlichkeit, da diese der Uebertragung von Person auf Person, jene von Grundeigenthum auf Grundeigenthum unzugänglich sind; anderseits stehen ein Wegrecht und ein Leibgeding denn doch wieder so weit von einander ab, daß man zweifeln darf, ob Personal- und Prädialservituten wirklich Arten desselben (Servituten-) Genus seien. — Die Personalservituten aber sind nicht blos in der gemeinen Weise Personenrechte, wie so viele andere Rechte; in jener Unveräußerlichkeit liegt eine besondere Verknüpfung gerade mit dieser Person, eine besondere Persönlichkeit: die, daß das Dasein des Rechtes von dem Dasein dieser Person abhängt. Puchta (Inst. II. §.252. P. §.179.) fand aber noch eine andere besondere Persönlichkeit dieser Rechte, nicht blos in ihrer Existenz, sondern auch in ihrem Inhalte: darin, daß Art und Umfang ihres Inhaltes von dem persönlichen Bedürfnisse gerade dieser Person abhänge; wenigstens sah er in einer solchen Verknüpfung des Inhaltes mit dem persönlichen Bedürfnisse das Originale und Normale der Personalservituten, und stützte vornehmlich hierauf den innigen Zusammenhang, in welchem Prädial- und Personalss. bei ihm erscheinen. Original der Personalss. ist ihm der Usus; im Ususfructus war die Schranke des persönlichen Bedürfnisses nicht zu finden; dagegen im Usus hatte man sie längst gefunden (Glosse ad l. 20. D. usu 7, 8.; vgl. Scheurl, de usus et fructus discr. diss. Erl. 1846. p. 5.). Diese Grundlage der Puchta'schen Theorie ist aber zweifelsohne schon durch Thibaut (Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts a. 1798. I. Nr. 3.) beseitiget gewesen; wir werden sehen, daß den Personalss. eine besondere Persönlichkeit nur in der zuerst angegebenen Weise zukommt.

1. Ususfructus — est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia (l. 1. D. de usufr. et quemadm. quis utatur fruatur 7, 1.). Was Art und Weise der „res" anlangt, so besteht für sie der Definition gemäß (salva substantia) eine natürliche Grenze (l. 2. §. 1. D. de usufr. earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5.); was wollte man aber thun, wenn ein Testator nun doch dem A. den Nießbrauch von 1000 fl. vermacht hatte? Ein SC. sanctionirte die Rettung solcher

verunglückter Vermächtnisse — (l. 1. D. eod.), ein „Quasiususfructus" war die Folge (l. 2. §. 1. cit.). Auf je eine Sache, wie etwa das Eigenthum, ist der usfr. nicht beschränkt; wer weiß, ob nicht auch im R. R. der Testator einmal pecuniam familiamque mit sofortigem Eigenthumsübergang mancipirte, und sich usumfructum (omnium bonorum l. 29. l. 34. §. 2. D. usufr. oder einer pars bonorum l. 43. eod.) deducirte. Auch an Forderungen für sich allein ist ein usfr. zugelassen worden [*l. 3. D. usfr. ear. rer. 7, 5. l. 24. pr. D. usu et usufr. leg. 33, 2. l. 1. C. usufr. 3, 33.* Steinberger, über den *usufr. nom.* Zeitschrift f. Civilr. u. Proz. R. F. *XI. Nr. 5.*]. — In dem jus „utendi fruendi" weist die Definition zunächst auf alle die dinglichen Handlungen, in welchen aller Gebrauch — Nutzung und Genuß der bestimmten Sache besteht (s. oben S. 174.); dann aber auch auf jenen weiteren Nutzen hin, welchen wir nicht sowohl a u s dem Gebrauche der Sache, als für denselben oder anstatt desselben beziehen [*l. 12. §. 2. D. usufr. — nam et qui locat, utitur, et qui vendit — l. 83. pr. D. leg. III. — quae fructuum vice sunt — l. 39. D. usfr. — qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur — l. 7. §. 1. eod.* s. g. *fructus civilis* im Gegensatze des *naturalis.* Heimbach, G. C. Lehre v. d. Frucht S. 29 fg.]. Letzterer ist nicht möglich ohne Verleihung des Gebrauches, dieser nicht ohne rechtliche Macht (vgl. S. 184. Nr. 4.): mithin muß denn auch das „jus" utendi fruendi zweierlei sein: kein bloßes Dürfen, (Befugniß zu eigenem Gebrauch) sondern auch ein Können [*l. 12. §. 2. cit. Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest ... Sed etsi alii precario concedat vel donet etc. l. 67. eod. fr. Vat. §. 4.; l. 11. §. 2. D. pign. 20, 1: Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari etc.*]. In der Verpachtung, Verpfändung, Veräußerung des Ususfructus liegt aber lediglich die Vollmacht, den Ususfructus a n s t a t t des Usufructuars auszuüben [*l. 38. D. usfr. — si nec ipse utatur, nec n o m i n e e j u s alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium ejus gerit —*]; hierin mögen Käufer, Pfandgläubiger, Donatare mit einer in rem actio sich selbständig schützen können (l. 11. §. 2. cit.),

gewiß aber können sie das nur als procuratores in rem suam Arndts, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. VIII. S. 100.); der Usufructuar bleibt als solcher neben ihnen stehen [*l. 11. §. 2. cit.: — „Si non inter creditorem, et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit" — l. 66. D. j. d. 23, 3.: — ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat* — vgl. *l. 39. l. 40. l. 12. §. 2. D. usf.*]; der Ususfructus selbst ist nicht veräußert [gegen abweichende Meinungen vgl. Arndts, a. a. O. S. 88 fg. Pand. §. 179. Anm. 3. Vang. §. 344. Anm. 3. Nr. 3.]: er kann nicht veräußert werden [*l. 15. D. fam. herc. 10, 2: — nec enim a personis discedere sine interitu sui potest*]; man kann sich seiner nur entäußern, nicht ihn veräußern; entäußert fällt er nothwendig an das Eigenthum zurück: ob Aufgebung des Ususfructus an einen Dritten (Nichteigenthümer) nichts, oder aber Entäußerung sei, scheint in §. 3. J. h. t. 2, 4. (vgl. Gaj. II, 30.) und l. 66. D. j. d. cit. denn doch verschieden entschieden (vgl. Vang. §. 344. a. a. O. Nr. 2.), wenn auch äußere und innere Gründe dafür sind, daß wir der Institutionenstelle den Vorzug geben (Puggé, Rh. Mus. I. S. 148 fg.), worneben uns aber nichts hindert, die Abtretung des Ususfructus an einen Dritten im Zweifel für eine bloße Abtretung seiner Ausübung zu erklären (Arndts a. a. O. S. 100.). Im Angriffsfalle birgt sich der Usufructuar, nicht etwa wie der Pächter, hinter dem Eigenthümer: sein jus utendi fruendi entfaltet sich als dingliche — d. i. ihm selbst und wider jeden Gegner, sogar den Eigenthümer, zuständige Actionenmacht. Außer seiner Haupt- und Schluß-Action (s. unten §. 75. 1. a.) hat er possessorische (§. 32.) und provisorische Rechtsmittel [Prohibition mit dem *int. quod vi aut clam:* S. 233; — *damni inf. postulatio* S. 108. unten]. Insbesondere dem Eigenthümer selbst kann er alles untersagen, was ihn im Genusse seines Rechtes auch nur belästiget [*„quominus dominus ... ibi versetur, prohibere . . potest" arg. l. 15. §. 1. D. usu 7, 8; — nec aedificium licere domino te invito altius tollere l. 7. §. 1. D. usufr. l. 15. §. 6. eod.*]; gleich dem Eigenthum bricht der Ususfructus die Miethe (l. 59. §. 1. eod. S. 184. unten), machte Servitutenbestellung zu gutem Theil einst unmöglich (l. 15. §. ult.

— l. 17. pr. eod.) und braucht sich dieselbe noch heute nicht immer gefallen zu lassen (Arndts P. §. 179. Anm. 4. Elvers a. a. O. §. 28. S. 258.) — ebensowenig als den Verzicht auf Servituten (l. 15. §. 7.). — Als bloßes Leibgeding soll der Usufructus dereinst heimfallen (l. 3. §. 2. eod.), darum den Grundstock schonen — „salva rerum substantia." Hieraus erwächst ein modus utendi fruendi (Paul. R. S. III. 6. §. 27.) Vorschriften „quemadmodum quis utatur fruatur", je nachdem ein fundus (l. 9 — l. 12. pr. eod.), ein Haus (l. 13. §. 8. — l. 15. pr. eod.), ein Schiff (l. 12. §. 1. eod.), eine Bude (l. 27. §. 1. eod.) etc. den Gegenstand des U. bildet [über den U. insb. an Waldungen s. Laspeyres, civ. Arch. *XIX*. 4. S. 71. über *l. 9. §. 7. D. usfr.* Zachar. v. Lingenth. Zeitschr. f. g. R. W. *XIV*. S. 126., Vang. §. 344. Anm. 1.]; Vorschriften, wornach allgemein der Usufructuar sich nicht nur des Mißbrauches (abuti) zu enthalten, sondern überall curam und custodiam (l. 1. §. 7. in fin. l. 2. D. quemadm. cav. 7, 9.), überdieß Instandhaltung der Sache [Nachpflanzung l. 9. §. 6. l. 18. l. 59. pr. D. usfr.; Nachzügelung l. 68. §. 2. — l. 70. l. 62. §. 1. eod· — wobei der Usufr. bereits an den Quasiususfr. streift] auf sich nimmt. Andere Lasten des Usufructuars haben anderen Grund: so die Wendung des kleineren Baufalls, [*Quoniam . . omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit — l. 7. §. 2. eod.* Cassius verglich hier noch mit der Nachpflanzung *l. 7. §. 3. eod.; l. 18. D. usu l. 7. C. h. t. 3, 33.*], dann „stipendium, vel tributum, vel solarium, vel alimenta ab ea re relicta (l. 7. §. 2. cit. l. 27. §. 3. l. 52. eod.)."

All jene Befugniß und Macht des Usufructuars ist dem Eigenthum abgezogen (nuda proprietas —); nur da und dort (l. 16. §. 1. D. usu), nur dann und wann [*l. 7. §. 2. D. usfr. — si qua tamen vetustate corruissent, . . . si heres refecerit,* —] und nur zur Hut, nicht zum Genusse seines Eigenthums, fällt noch eine Befugniß für letzteres ab. Zwar wissen wir, daß der Eigenthümer dem Usufructuar gegenüber mitunter Eigenthümer auch der bereits separirten Früchte ist (S. 196.); eine Befugniß an sie gewinnt er aber erst im Augenblicke, da der Usufructus zum Eigenthum heimkehrt (l. 13.

D. quib. mod. usfr. am. 7, 4.), und dann insbesondere die Frage nach Theilung der civilen Früchte entsteht [*l. 25. §. 2. l. 26. l. 58. pr. l. 59. §. 1. D. usfr. l. 9. §. 1. D. ldc. 19, 2.*; vgl. Glück *IX. §. 637. c.*, Wächter, Erört. *I.* Heft, S. 72 fg.]. Bedeutender ist die dem Eigenthümer verbleibende Macht: der Veräußerung und Verpfändung (l. 2. C. h. t. t.), des Servitutenerwerbes (l. 15. §. 7. D. ususfr.), der Eigenthumsactionen; niemand als der dominus, wenngleich nudae proprietatis, kann die Sache sein nennen, jure besitzen, vindiciren, jura praediorum an= und absprechen; in eigenem Namen a. pl. a. actionem (l. 3. §. ult. D. a. pl. a. a.) und o. n. nuntiationem ausüben; wo der Usufructuar Servituten vindicirt, da ist dies entweder nichts als eine Vindication seines Usufructus (l. 5. §. 1. l. 1. pr. D. si usfr. pet.), oder aber er vindicirt procuratorio nomine (vgl. Noodt, de usufr. II, 15.), sowie er nur anstatt des Eigenthümers opus novum ansagt (l. 1. §. 20. D. o. n. n.). Wegen sonstiger Prohibitionen s. S. 233 oben. Der Usufructuar ist nur im Besitze, hat aber Recht und Klage darauf, also exceptio wider die rei vindicatio des Eigenthümers (l. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. vgl. l. 1. §. 4. D. superf. 43, 18.).

Noch ist aber einer eigenthümlichen Macht zu gedenken, die sich als Bestandtheil gerade der nuda proprietas darstellt — wir meinen den Cautionszwang. Jener modus utendi fruendi führt Pflichten des Usufructuars mit sich, die als solche noch keine Obligationen sind; an die Stelle dieser Obligationen eine Forderung zu setzen ist nächster Zweck auch der cautio usufructuaria (vgl. S. 108.); die Pflicht zur cautio halten wir abermals für keine Obligation. Zwar heißt sie „cavere oportere" (l. 9. pr. D. usufr. quemadm. cav. vgl. l. 13. pr. in fin. D. usufr.), und „ipsa stipulatio condici poterit" (l. 7. pr. D. 7, 9.); allein erst nach Einräumung des ususfructus, und, so viel uns dünkt, nicht als ob unmittelbar eine strengrechtliche Forderung auf Caution bestünde, sondern weil zu viel an den Usufructuar gekommen ist — ein cautionsfreier Ususfructus, statt eines versicherten [vgl. *l. 5. §. 1. D. usufr. ear. rer. 7, 5: — **si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit condicere, dici potest, omissam cautionem posse condici incerti condictione** —*]. Wir möchten auch hier ein vielleicht schon jure civili (vgl. l. 13.

pr. D. usfr. Ulp. ad Sab., s. dag. Böcking, Inst. §. 165. Anm. 44. l. 6. pr. D. ut in poss. 36, 4.) dem Eigenthum beigelegtes [— *dominus potest in ea re satisdationem desiderare — l. 13. pr. cit.*] mit Forderungen nicht zu vermengendes Zwangsrecht [*l. 9. §. 1. D. h. t. 7, 9. — cogendum esse fructuarium cavere —*] erblicken, das aber nur mittelbar [*l. 7. pr. l. 9. §. 1. D. h. t. l. 5. §. 1. D. usu ear. rer. l. 13. pr. D. usfr.*], durch keine eigene actio, geübt worden zu sein scheint, während für unser heutiges Recht die Zulässigkeit einer „Imploration des richterlichen Amtes" behauptet wird (Glück IX. §. 656. Anm. 11.). Uebrigens enthält unsere cautio beim regulären Usufructus zweierlei (l. 1. §. 6. D. h. t.), beim Quasiusufructus nur einerlei Versprechen (l. 6. pr. D. usufr. ear. rer. l. 12. D. h. t.); ihre Fassung erhellt aus l. 1. pr. §. 7. l. 3. §. 1. l. 5. pr. l. 8. l. 12. D. h. t.; l. 6. pr. cit. l. 7. §. 1. l. 12. D. h. t. (vgl. Cujac. obs. 9, 39.); das römische Recht verlangt satisdatio (Paul. R. S. III. 6. §. 27. l. 13. pr. D. usfr. l. 7. pr. D. h. t.), nicht schlechthin das heutige (Glück, IX. §. 657. a. E. Seuffert, P. §. 169.). Dem Fiskus ist satisdatio (l. 1. §. 18. D. ut legator. 36, 3.), dem Vater bezüglich des U. an den Adventizgütern seiner Kinder selbst repromissio erlassen [*paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus etc. l. 8. §. 4. in fin. C. bon. quae lib. 6, 61.*]; desgleichen der conjux binuba bezüglich der zu Gunsten der Kinder erster Ehe verwirkenden Güter, aber jedenfalls nur bezüglich der Immobilien (arg. l. 6. §. 1. C. sec. nupt. 5, 9.), und dem Ehemann bezüglich eines ususfr. dotalis (arg. l. 1. C. ne fidej. dot. 5, 20.). In dem Falle der l. 9. §. 2. D. h. t. glaubte Pomponius Freiheit von der Caution durch bloße Folgerung behaupten zu können (?); dieselbe verlangt die Praxis für den Schenker, der sich den Nießbrauch vorbehält (Glück IX. §. 654.). Bei vertragsmäßiger Bestellung des U. mag man auf Caution verzichten; daß der Testator, trotz l. 7. C. ut in poss. leg. (6, 54.), von ihr entbinden könne (Arndts, P. §. 180. Anm. 2. Böcking, Inst. §. 165. Anm. 44.) scheint uns zu gewagt (vgl. Glück, a. a. O. Sint. pr. Civilr. §. 59. Anm. 39.). Aus dem einen Theil der Caution kann auch

während des Usus fructus geklagt werden (l. 1. §. 6. D. h. t. vgl. l. 7. §. 2. D. usfr.).

2. „Es kann auch ein bloßer Usus constituirt werden" l. 1. §. 1. D. h. t. (7, 8.) — eine Einleitung, welche der Behauptung, daß ursprünglich nur bloßer Usus constituirt worden sei, nicht günstig ist. Der bloße (nudus) Usus ist der sine fructu (l. 1. §. 1. cit.). Der Usus ohne Fructus unterscheidet sich aber vom usus (et) fructus nicht etwa blos quantitativ, so daß letzterer des Nutzens vollauf, jener blos bis zu gewissem Grade (des Bedürfnisses) genösse; allerdings bietet der Usus weniger, als der Usus fructus (l. 10. §. 4. D. h. t.); allein nicht das persönliche Bedürfniß bildet den ordentlichen Maßstab; und in dem, was der Usufructuar mehr hat als der Usuar, ist zugleich ein anderes im Vergleich zu dem, was der Usuar hat; denn was er mehr hat, ist der Fructus, und der ist etwas anderes als der Usus. So interpretirten (vgl. l. 12. §. 2. D. h. t. in fin.) wenigstens die römischen Juristen das Wort des Testators, der anstatt des, wie es scheint, gewöhnlicheren „Usus fructus" einen bloßen „Usus" vermacht hatte; sie versagten dem Legatar hier die Gewinnung und den Genuß natürlicher und civiler Früchte, als etwas, das in dem „fructus", nicht in dem „usus", enthalten sei; der nach Abzug des Fructus verbleibende Gebrauch erschien als das, was „strenge genommen" (l. 12. §. 2. cit.) der Testator gewollt (l. 10. §. 4. — l. 14. §. 1. eod.). In diesem übrigen Gebrauch ist eine Beschränkung auf das Bedürfniß nirgends zu finden; ja der arme Usuar kann dem Herrn die Benützung des leeren Palastes wehren, und je nach Laune die Gemächer wechseln (l. 22. §. 1. eod.)! Nach strenger Interpretation kann er auch nicht vermiethen, verkaufen (l. 11. cit. l. 8. pr. eod.); das wäre ja Fructus. Allein er kann, von seinen Leuten und Gästen abgesehen (l. 2. §. 1. — l. 9. eod.), den Gebrauch auch nicht umsonst an Andere ablassen, ihn namentlich nicht selbst aufgeben, um ihn Anderen zuzuwenden — „cum ipse uti debeat" (l. 12. §. 6. eod.). Hierin erscheint der Usus persönlicher als der Usus fructus; aber nicht etwa, weil sich das Recht des Usus nach dem Bedürfnisse des Usuars bemißt, sondern weil der Usus seinen, nicht eines Anderen Bedürfnissen dienen soll. Wenn der Gebrauch einer Sache für

den A. bestimmt ist, so darf eine ungezwungene Interpretation nicht zugeben, daß A. den Gebrauch für B. bestimmen könne. Der Ususfructus ist auch einer bestimmten Person bestimmt; allein diese muß ihn ausleihen können, des fructus halber; hier mochte sich des Labeo Frage: quemadmodum enim concedere alii operas (usuarius) poterit, cum ipse uti debeat (l. 12. §. 6. cit.)? in die umgekehrte verwandeln: quemadm. enim precario etc. concedere non poterit, cum ipse uti frui nôn debeat? — Streng genommen enthielt der Usus keinen Fructus; die Interpretation glaubte aber den letzten Willen nicht so strenge nehmen, und unter Umständen auch dem Usuar Früchte vergönnen zu müssen (l. 4. pr. l. 12. §. 1. §. 2. l. 15. pr.); hier, in diesen über strenge Gebühr verwilligten Früchten, kommt eine Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß vor; eine strengere bei Ulpian l. 12. §. 1. §. 2. cit.; eine minder strenge bei Paulus l. 15. pr. cit.; von dieser natürlichen Beschränkung eines außerordentlichen Servitutengehaltes ließen sich die neueren zu einer außerordentlichen Beschränkung des ordentlichen Servitutengehaltes verführen.

Die Möglichkeit des Usus im heutigen Rechte läßt sich deswegen, weil wir kein technisches Wort (vgl. Sintenis a. a. O. §. 60. Anm. 2. Seuff. a. a. O. §. 171. a. E.) für ihn haben, nicht in Abrede stellen (vgl. Arndts P. §. 182. Anm. 2.); ein blos mögliches Recht steht aber von dem in Uebung begriffenen so weit ab, daß wir seine weitere Ausführung wohl aussetzen dürfen.

Für eine Unterscheidung der habitatio von dem Usus [§. *5. J. usu et habitatione. l. 10. pr. D. h. t. l. 13. C. h. t. 3, 33. l. 10. D. cap. dem. 4, 5.* Sav. Syst. *II.* §. 72. Anomal. Rechte S. 110. Böcking I. §. 168.] haben wir vollends den Anhalt verloren (vgl. Puchta P. §. 179. a. E.); doch möchten heutzutage, wenn Jemanden eine „Wohnung“ hinterlassen wäre, die Grundsätze der habitatio vor denen des Usus Anwendung verdienen (Seuff. a. a. O. §. 172.).

Gemeinschaftliches der Prädial- und Personalservituten.

§. 73.

Erwerb und Verlust.

Der **Erwerb** ist 1) Bestellung, welche a) als Vermächtniß vorzüglich bei den Personalservituten, als b) Vertrag vorzugsweise bei den Prädialservituten vor kommt [wo das *cedere* dem *relinquere* vorangestellt: *l. 9. D. serv.* — häufiger allein erwähnt: z. B. *l. 20. sqq. D. s. p. r.* oder angedeutet wird: *l. 4. D. serv.;* wogegen das Umgekehrte bei Perss. *l. 6. pr. D. usufr. l. 7. pr. eod. etc.*]. Uebrigens via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfr. constitui diximus (l. 5. pr. D, serv.), und „quibus .. modis ususfr. (et) constitit et finitur, iisdem modis et nudus usus solet et constitui et finiri (l. 3. §. 3. D. usfr.). Wegen jenes „fere" s. Gaj. II. 29. 30.; ein bloßer Zufall ist es, daß l. 3. cit. bloß von Rusticalservituten spricht (arg. z. B. l. 17. §. 3. l. 31. l. 39. D. s. p. u.). Der Vertrag ist bald ein bloßer Nebenvertrag [*usumfructum deducere, detrahere Gaj. II. 33. Fr. Vat. §. 47. l. 36. §. 1. l. 54. D. usfr.; usumfructum, servitutes excipere, recipere l. 36. §. 1. l. 54. citt. l. 3. l. 5. D. comm. praed.*] — eine lex traditioni dicta (l. 6. pr. D. comm. pr.), welche, weil blos über eine Tradition gesprochen, ehemals kein jus (civile) zu bewirken vermochte (Fr. Vat. §. 47. cf. §. 61.), immerfort aber über der Tradition, nicht etwa blos bei dem ihr vorausgegangenen Contracte gesprochen sein muß, wenn eine Servitut sofort bei der Tradition zurückbleiben soll (l. 35. D. s. p. u.); — oder aber ein selbständiger Vertrag. Ob hier ein bloßes Wort, oder erst Quasitraditio genüge, ist streitig. Für die Prädialservituten in non faciendo verlangt Niemand mehr als den bloßen Vertrag; hingegen wagen auch wir, aus den „pactiones" und „stipulationes" bei Gajus II. 31. und §. 4. J. serv. §. 1. J. usufr. dasselbe für die übrigen Servituten — nicht zu folgern. Diese pactiones möchten nichts anderes als die vorher bemerkten Vorbehalte bei der Tradition sein (z. B. l. 33. pr. D. s. p. r.); Stipulationen aber auf den Inhalt einer Servitut [*„per te heredemve tuum non fieri, quominus ire agere liceat" l. 38. §. 10 — §. 12. l. 49. §. 1. §. 2. D. v. o.*] sind ebenso wenig

als andere Stipulationen dingliche Rechte zu schaffen im Stande; geschweige denn die Stipulation auf Verschaffung einer Servitut (l. 136. §. 1. D. v. o. „servitutem dari"). So sieht denn auch Labeo (l. 20. D. serv.) in der Stipulation auf den Servitutenzinhalt eine „Caution", in der wir doch wohl schon an und für sich den Ersatz eines nicht vorhandenen, nicht die Sicherung eines vorhandenen dinglichen Rechtes erblicken werden. Zu Labeo's Zeit gab es noch keine Quasitraditio, wenigstens der Prädialservituten (l. 20. cit.); darum drang er, wo die Servitut blos gekauft wurde (l. 20. cit.), auf eine Stipulation; sie sollte den usus juris so lange — natürlich obligatorisch — gewähren, bis kurze oder lange, oder unvordenkliche Zeit ein jus selbst gewährte. Auf eben diesen usus juris baut aber Javolenus eine Quasitraditio (l. 20. cit.); auf diese dieselbe Zeit eine Publiciana [bei Julian wird noch gefragt *l. 16. D. si serv. vind.* vgl. *l. 25. §. 7. D. usufr.* a. E.; Ulpian kennt sie als gemeine Servitutenklage *l. 11. §. 1. D. Publ. 6, 2.*]; es war zwar kein legitimes (l. 3. D. si usfr. pet. 7, 6.), allein denn doch ein (dingliches) Recht, das aus dieser possessio und Publiciana hervorging (l. 1. pr. D. quib. mod. usfr. am. 7, 4. vgl. §. 61. Fr. Vat.). Der Quasipossessio also hatte es bedurft, um dem legitimen Servitutenrecht ein natürliches an die Seite zu setzen; dem sonstigen Lauf der Dinge gemäß blieb dieses natürliche allein übrig, während mancipatio und in jure cessio der Servituten abkam. Was also an die Stelle der mancipatio und injurecessio treten könne, ist durch die classische Jurisprudenz entschieden; daß es ein bloßer Vertrag sei, nicht sowohl Hypothese als Verneinung der Geschichte. — Nach dem Ausdrucke Ulpians beruht dieses neuere illegitime Servitutenrecht entweder auf Tradition oder patientia (l. 11. §. 1. cit.); man wird erstere vorzüglich auf die Personal-, letztere auf die Prädialservituten beziehen dürfen, wiewohl eine Quasitradition auch in der patientia liegt (arg. l. 20. D. serv.). Diese patientia ist es denn auch, welche durch Stipulationen zunächst „bewirkt" werden soll; bildet patientia aber die Unterlage für eine magistratische tuitio, für das neuere Servitutenrecht, so konnte man [mit Gajus *II. 31. §. 4. J. serv. l. 3. pr. D. usfr.*] sagen, daß durch Stipulation die Servitut selbst bewirkt würde. — Darnach treten

wir Vangerow bei, der den Stand der Controverse ausführlich beleuchtet, und sich der Hauptsache nach aus denselben Gründen gegen die herrschende Ansicht entschieden hat (§. 350. Anm. 1.) [S. dag. Savigny Syst. *II.* S. 289. unten; Schmidtlein, über die Errichtung der SS. durch Vertrag *IX. Nr. 9.* S. 145. Michelsen, civ. Arch. *VIII. Nr. 14* S. 362. Hasse, rh. Mus. *I.* S. 64. ꝛc.]. — — Eine dritte, seltenere Art der Bestellung c) durch den Richter, finden wir in l. 6. §. 1. D. usufr. Fr. Vat. §. 47.; l. 22. §. 3. D. fam. herc. (10, 2.). Keine Bestellung mehr ist 2) die Ersitzung von Servituten. Bevor man (zum Zweck der Publ.) von einer quasi traditio und possessio der Servituten sprach, muß es eine auf den usus juris gestützte usucapio der SS. gegeben haben [*l. 4. §. 29. D. usurp. 41, 3: Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam quae libertatem praestat sublata servitute — Cic. pro Caec. c. 26.* ist nicht sicher], so räthselhaft auch die sonstigen Quellen sich zu l. 4. §. 29. cit. verhalten [vgl. *Papian. lib. Resp. tit. XVIII. Agg. Urb. ed. Lachm. p. 12, 12. sqq. l. 14. pr. D. serv.* . . vgl. auch *Paul. R. S. I.* 17. §. 1. §. 2. und überhaupt Hugo RG. 11. Aufl. S. 536. Anm. 9—11.]. An ihre Stelle trat vielleicht um die Zeit, da man von juris quasi poss. zu reden anfing und longi temporis praescriptio auffam, ein Erwerb der SS. durch „longa consuetudo“, „longi temporis consuetudo“, „velut longa possessio“, „diuturnus usus et longa quasi possessio“ (l. 1. §. ult. D. a. pl. arc. 39, 3. l. 1. C. serv. l. 5. §. 3. D. itin. 43, 19. l. 10. D. si serv.), von dem wir aber nicht wissen, ob er zur Zeit dieser Quellen sich auch schon auf die Personalservituten bezog (vergl. l. 12. a. E. C. praescr. longi temp. 7, 33. Justinian.). Zunächst beruht auch diese Ersitzung (wie die usucapio servit.) auf einem usus juris, so daß einerseits ein Besitzstand ohne usus juris (wie er bei den Prohibitivservituten vorkommt, S. 242 oben) nicht ausreicht, während andererseits der discontinuus usus nicht minder usus ist als der continuus, also kein Grund vorliegt, die Wegrechte ꝛc. von dieser Ersitzung auszuschließen (s. dag. Paul. l. 14. pr. D. servv. und die Glosse ad h. l. vers. „certam“; hinwiederum aber Glück IX. §. 629. S. 148. Vang. §. 351.

Anm. 1. a. E.). Eine Probe für die Richtigkeit unserer Ansicht von der bona fides (S. 212 fg.) finden wir darin, daß in der Servitutenersitzung von „bona fides" niemals die Sprache ist. Wäre b. fides der Glaube an die eigene Berechtigung, so griffe sie wohl auch hier Platz (vgl. l. 1. §. 10. §. 19. D. aqua l. 25. D. quemadm. servv. am. S. 92. S. 82. oben); als ein ignorare rem alienam esse dagegen, kurz als jene definitionsmäßige b. fides ist sie hier unanwendbar. Uebrigens haben die Römer in dieser Servitutenersitzung die Grundlagen der Sachenersitzung possessio, causa poss., b. fides nicht verworfen, sondern nur sachgemäß umgestaltet: dahin, daß der usus diuturnus nec vi nec clam, nec precario verlaufen muß [*l. 10. pr. D. si serv. l. 1. §. ult. D. a. pl. arc. l. 1. l. 2. C. serv. „sciente."* Puchta, Vorl. §. 188.]. Denn liegt in dem usus und „nec precario" („tanquam id suo jure faceret" l. 7. D. itin. 43, 19.) nicht ein Ersatz der possessio? und in dem langen usus, in Verbindung mit Offenheit und Unverwehrtheit, nicht eine Bürgschaft für die Redlichkeit und Gerechtigkeit des usus? Man höre Antonius Faber: Servitutis quasi traditio, quae per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum, quod scivit et passus est, vicinum uti servitute, quando quidem scientia illa et patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet. Qua vero fronte potest titulum servitutis exigere is, qui tradidit ipse, aut saltem quasi tradidit servitutem? Aut quis tam stultus et supinus sit, ut vicinum ultro patiatur jure servitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat servitutem (Conject. jur. civ. lib. 19. c. 10.). Es war die lange, offene, unverwehrte „patientia" von Seite des dienenden Eigenthümers, welche man der erkauften, pactirten, stipulirten patientia gleichstellte, zwar ebensowenig als diese für Erzeugung einer legitimen Servitut, wohl aber ebensosehr als diese zur Begründung einer Publiciana hinreichend hielt [*l. 1. §. ult. D. a. pl. arc. l. 10. pr. D. si serv. l. 1. C. serv. „quasi servitus", „vicem servitutis", „utilis actio"*]. „Ohne Sinn ist es, neben diesem Erforderniß noch Titel und bona fides zu fordern" (Puchta, a. a. O.); auch nach canonischem Rechte scheint uns für derlei weitere Erfordernisse kein Raum zu sein

[s. dag. u. a. Glück, a. a. O. S. 140. *lit. b.* Wang. a. a. O. 3. Arndts, P. §. 189. und überhaupt Th. Muther, die Ersitzung der SS. Erl. 1852.]; und wenn einigemal sogar zum Interdicte ein „suo jure uti se credere" u. dgl. gefordert wird (l. 25. D. quemadm. serv. am. l. 1. §. 10. §. 19. D. aqua 43, 20.), so halten wir das, wie schon einmal bemerkt (S. 81. oben), nur für eine andere Fassung des zu dem rechten usus erforderlichen Willens, nicht der Meinung (vgl. Puchta, a. a. O.). Der bedeutendste Einwand, den man gegen den von uns vertretenen Grund dieser Ersitzung vorbringen möchte, ist der, daß die Duldung des usus mitunter von nichtberechtigten Besitzern ausgeht; allein war es nicht selbst ein m. f. possessor, der auf der anderen Seite Servituten vor Untergang bewahrte (l. 24. D. quemadm. serv. am.)? l. 2. C. serv. gibt keinen genügenden Grund, noch insbesondere „scientiam domini" zu verlangen (vgl. Unterh. Verj. Lehre II. §. 212. Hasse, rh. Mus. II. S. 393. bes. S. 400 fg.). Schwierig dünkt uns der Entscheid, ob auch Prohibitivservituten unserer Ersitzung zugänglich seien. Die Prohibition wird sich in dem derselben zugemessenen Zeitraum (l. 12. a. C. C. long. temp. pr. 7, 33.) wohl niemals zu einem usus diuturnus entwickeln können, wenn man gleich Zeit und Zahl der Ausübungen von disc. servv. nicht wie bei den Interdd. fixiren darf oder kann. Ob man sich aber nicht auf die Seite des Prohibitus stellen und sagen darf, daß ein 10- oder 20jähriges non facere zufolge auch nur eines Verbotes die longa consuetudo bilde, und auf ein gerechtes Verbot schließen lasse? Da wir das Verbot in den meisten Fällen als o. n. nuntiatio denken müssen, wird jenes non facere zumeist mit der in l. 15. D. o. n. n. behandelten contumacia des Nuntiaten zusammentreffen, und in 10- oder 20jährige Nichtanstellung der ihm übrigen actio jus sibi esse invito eo altius tollere etc. übergehen. Soll er diese Klage nach 10- oder 20jähriger Saumsal verlieren? Es wäre das eine longi temporis praescriptio, welche wir ihrem gemeinen Schicksale gemäß doch wohl in eine Acquisitivverjährung übersetzen dürften. Freilich ist von longi temporis „praescriptio", so viel man weiß, bei unserer Ersitzung nicht die Rede (vgl. Glück a. a. O. S. 117. Anm. 23. Unterh. a. a. O. II. §. 203.); allein da die Servituten denn doch „exemplo rerum immobi-

lium“ tempore erworben werden (l. 2. C. serv. l. 12. in f. C. cit.), dürfte nichtsdestoweniger auch bei den Servituten „präscribirt“ worden sein. Gewöhnlich ist man auch für Ersitzung der Prohibitivserv.; s. dag. Bessel, civ. Arch. XIII. S. 410. §. 24. — Ueber den Beweis dieser Ersitzung s. l. 10. pr. D. si serv. und Gensler, Not. 17. u. 22. zu Seckendorf, Arch. f. civ. Pr. IV. Nr. 11. S. 89. fg. Hasse, a. a. O. Vang. a. a. O. 2. Ein etwa auf wissentliches Unrecht des Klägers gerichteter Gegenbeweis scheint uns nach dem Grunde dieser Ersitzung unzulässig; wogegen der Beweis des „nec precario“ den Gegenbeweis eines anderweitig unzulänglichen animus nicht ausschließt (arg. l. 1. §. 6. §. 7. l. 7. D. itin. l. 25. D. quemadm. serv. am.); freilich mußte man, um die (Interdicts-) Formel zu retten, denjenigen, der z. B. nur nothhalber gegangen ꝛc. war, als einen „non quasi precario usum, sed quasi n e c u s u m“ behandeln („non videri omnino usum“ l. 1. §. 6. cit.). — Daß Sachen, die von der ordentlichen Sachen-Ersitzung ausgenommen sind, es auch von gegenwärtiger Ersitzung seien, versteht sich doch wohl nicht von selbst (s. dag. Vang. a. a. O. 5.); kann aber gefolgert werden, und wird auch so allgemein gefolgert, daß wir uns anschließen müssen [vgl. Unterh. a. a. O. §. 213. Glück a. a. O. S. 147. Sint. pract. gem. Civr. §. 64. Nr. 3. Vang. a. a. O. Seuff. P. §. 175. Nr. 2. u. A. m. — dagegen Puchta P. §. 188. *not. m.*]; nur darf man dann hinter einer weiteren Folgerung — der a. o. Ersitzung — nicht zurückbleiben (wie Vang. a. a. O.).

Daß b i n n e n der Zeit, in welcher die S. ersessen wird, auf Grund blos der nec vi etc. begonnenen Ausübung eine Publiciana in dem heutzutage noch möglichen Sinn zustehe, kann nicht angenommen werden. Wo wäre der Unterschied zwischen Interdict und Publiciana? Aber wenn ein Nichteigenthümer z. B. verkaufsweise eine S. eingeräumt, oder ein Nichteigenthümer eine Prädialserv. gekauft ꝛc. hätte? Wir bemessen die Möglichkeit der Publiciana nach der der Usucapion (vgl. S. 246.) und halten sie darum im zweiten Falle nur unter der Voraussetzung für möglich, daß Kläger auch bezüglich des Grundstückes Usucapionsbesitz hat (vgl. Arndts §. 192. a. E. u. Anm. a. E.).

§. 74. Fortsetzung.

Verlust der Servitut erfolgt 1) mit dem Untergang des herrschenden oder dienenden Subjects, also a) des praedium serviens (l. 14. pr. D. quemadm. serv. am. 8, 6); der res fructuaria, usuaria (l. 2. D. usufr.). Bei letzterer genügt schon rei mutatio (l. 5. §. 2. — l. 12. D. quib. mod. usfr. am. 7, 4. l. 36. D. usfr. §. 3. J. usfr. 2, 4. l. 9. pr. D. si serv); nicht etwa nach einer besonderen Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Constituirung (vergl. l. 7. l. 10. §. ult. l. 12. citt.); bei den Prädialservituten gilt für das dienende Grundstück wohl dasselbe, was b) für das praedium dominans: „quod ea (servitus) ad solum magis, quam ad superficiem pertinet" (l. 13. pr. D. s. p. r.); dies ist Regel; Ausnahmen müßen bedungen sein (l. cit.); unseres Erachtens auch bei servv. pp. urbanorum, (s. dag. Jhering, Geist des R. R. II. S. 235. Anm. 358); — jura praediorum morte et capitis dem. non perire vulgo traditum est (l. 3. D. quemadm. serv. am.); anders die jura (servv.) personarum (l. 16. pr. §. 2. C. usfr. 3, 33. §. 3. J. cit.), doch macht ihnen heutzutage nur der natürliche Tod ein nothwendiges Ende; womit denn auch der vornehmste Grund zur „Repetirung des usfr." weggefallen ist [vergl. *l. 3. l. 5. pr. D. h. t. 7, 4. l. 14. C. usfr.* Glück *IX.* §. 637. *c.* S. 314. fg.]. In l. 56. D. usfr. ist ein natürliches Ende der juristischen Personen fingirt (vergl. Glück, a. a. O. S. 325 f.); und in l. ult. C. usfr. die alte Frage entschieden, ob der aus der Person eines servus oder ff. dem Gewalthaber erworbene usfr. mit diesem oder jenem erlösche; erbaulich ist nicht entschieden; für unser heutiges Recht aber kann, so dünkt uns, die Frage gar nicht entstehen. 2) Durch confusio und consolidatio [*l. 1. D. h. t. 8. 6. l. 18. D. serv. l. 9. D. comm. pr. 8, 4; §. 3. J. usufr. l. 78. §. 2. D. j. d. 23. 3; l. 4. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9. l. 27. D. h. t. 7, 4*]. 3) Durch Verzicht — servitus ... remitti domino fundi servientis potest (l. 14. §. 1. D. serv.). Wenigstens als Dereliction (l. 64. l. 65. D. usfr.) braucht dieser kein Vertrag zu sein; daß er es als „Willenserklärung" sein müsse (vergl. Puchta P. §. 199. Arndts P. §. 193) können wir nicht zugeben: vielleicht aus allgemeineren Gründen nicht, wovon im letzten Buche; dann deswegen nicht, weil der stillschweigende Verzicht in l. 8. D. h. t.

(8, 6) l. 4. §. 12. D. exc. dol. (44, 4) kein Vertrag ist. 4) Durch nonusus: der nicht einmal „negligentia aut culpa“ vor sich zu gehen (s. dag. Glück IX. §. 641. Nr. 3.), geschweige denn einen Verzicht zu enthalten braucht (l. 34. §. ult. l. 35. D. s. p. r. l. 14. pr. D. h. t. 8, 6. l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maj. i. i. r. 4, 6. vergl. S. 121. oben); darum ist selbst der Pupille, sogar noch nach der oratio D. Severi des nonusus fähig (l. 3. §. 5. D. reb. eorum qui sub tut. 27, 9. s. dag. l. 10. pr. D. 8, 6. Glück a. a. O. Puchta, Vorl. §. 190). Um ihn zu unterbrechen oder auszuschließen genügt bei Praedialss. „fundi nomine itum esse“ (l. 6. pr. D. h. t. 8, 6. z. B. l. 5. l. 20—24. D. eod.), bei Pers.ss., daß „nomine ejus (personae) alius utatur“ (l. 38. l. 12. §. 2. l. 40. D. usfr. vergl. S. 265). Der Zweifel darüber, ob seit l. 16. pr. §. 1. C. usufr. (3, 33. a. 530) ein bloßer nonusus zur Endigung der Personalss. noch genüge, wird durch l. 13. C. serv. (3, 34. a. 531.) beseitiget (vergl. Vang. §. 357. Anm.); warum dagegen bei den ss. pp. urbanorum, und zwar nicht blos bei dem prohibitiven Theil derselben (l. 7. l. 32. pr. D. s. p. u. l. 17. D. comm. pr. l. 4. §. 29. D. usurp. 41, 3), sondern auch bei den s. g. affirmativen außer dem nonusus „simul libertatis usucapio“ gefordert ist (l. 6. D. s. p. u. l. 18. §. 2. D. h. t. 8, 6), darüber läßt sich allerlei vermuthen [vergl. Unterh. II. §. 217. Zachariä von Lingenthal, über die Untersch. zw. *servv. rr.* und *uu.* 1844. S. 72—78. Rudorff, in der Rec. dieser Schrift in Richters und Schneiders Jahrbb. *XV.* S. 327. Puchta, Inst. *II.* §. 257. Vorl. §. 190. Elvers, röm. Serv. L. §. 40. Wirth, die *lib. usucapio*, Erl. 1854. S. 51 fg.], beweisen aber nichts. Wesentlich für den Begriff der lib. usucapio ist l. 32. §. 1. D. s. p. u.; für das Maß ihrer Erforderniße der Umstand, daß sie immer noch unter den allgemeineren Begriff des nonusus fällt (vergl. l. 6. D. cit. l. 13. C. serv.), wornach wir die Nothwendigkeit einer b. fides etc. auch nach canonischem und heutigem Rechte bestreiten müssen (s. dag. Unterh. §. 232. a. E. Vang. §. 357 a. E.). Behufs lib. usucapio muß Usucapient die Freiheit von der fraglichen S. besitzen: also das dienstbare Grundstück, und dieses im factischen Zustande der Freiheit; ist letzterer nicht ohne dies da, so muß er besitzartig, corpore (l. 6. D. cit.) und animo (arg. l. 17. D. comm. pr.) ergriffen werden; wenn

aber z. B. eine s. tigni imm. ohne quasi traditio (patientia) gegründet würde, so wäre der Besitzstand der Freiheit ohnedies da; desgleichen wenn bereits der Vorgänger im Besitze den Besitzstand der Freiheit gegründet hätte (vergl. l. 32. §. 1. D. s. p. u.). Ueber die für den Nonusus überhaupt erforderliche Zeitfrist, vergl. l. 16. §. 1. C. usfr. cit. l. 13. C. serv. cit.; und über einen Fall der nur zu zeitweiser Ausübung berechtigenden Servituten l. 14. eod. vgl. Unterh. §. 233. S. 233. Puchta Vorl. §. 191. — 6) Dies und conditio (l. 4. D. pr. §. 2. serv.; l. 4. D. usfr. z. B. l. 37. eod. l. 5. l. 12. C. usfr.) müssen — im 4. Buche — noch von allgemeinerem Standpunkte aus gewürdiget werden.

§. 75.

Actionen des Servitutenrechts.

Ihm eigen ist

1) die der rei vindicatio entsprechende servitutis vindicatio (D. 8, 5), ususfructus petitio, vindicatio (D. 7, 6.) — d. i. die schon oben (S. 236) berührte „de servitute i. r. a. confessoria," welche zunächst zwar nur von den Prädialss. gemeint, aber nach dem Muster der Confessoria aus Pers.ss. geformt war (l. 2. pr. D. si serv. vind. vel ad alium pertinere negetur (8, 5).

a) Ususfr. petitio ist ein „uti frui (ea re) jus sibi esse intendere," das nur der Usufructuar, nicht etwa auch der dominus proprietatis vermag, der ein solches Recht nur negatorisch verfolgen kann (l. 5. pr. D. si usfr. pet. vel ad alium pertinere negetur 7, 6). Für den Usufructuar aber ist unsere Confessoria, was für den Eigenthümer rei vindicatio und negatoria in r. a. zusammen: nicht nur zum (Quasi-) Besitz (z. B. l. 5. §. 1. §. 5. eod.), sondern auch zu ungestörtem Besitze soll sie ihm verhelfen (l. 5. §. 6. eod. in fin.), hiernach muthmaßlich auch zum Siege gegen Servitutenanmaßung. In dem ungestörten Besitze gewährt sie auch den vollen Besitz, so daß auch die dem Eigenthümer zuständige de servitutibus (praedii) confessoria i. r. a. in ihr aufgeht (l. 1. pr. l. 5. §. 1. eod. vergl. oben S. 268) und allerdings auch der possessor (des ususfructus) ususfr. petitionem haben kann (l. 5. §. 6. eod.). Jene Servituten des Eigenthums aber sind auseinanderzuhalten von Nothwegen für den Ususfructus;

die der Usufructuar unter Umständen gegen den Eigenthümer selbst, mit einer actio ex testamento erzwingen kann (l. 1. §. 1. — §. ult. eod.). Bezüglich der Nebenpraestationen s. l. 2. l. 5. §. 4. eod.).

b) Servitutis vindicatio. Mittelbar ist sie eine (durch Servitut vermittelte) actio des Eigenthums [*l. 2. §. 1. D. si serv. vind.: — servitutem enim nemo vindicare potest, quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi l. 1. l. 6. §. 3. eod.*]. Beklagter dagegen ist nicht nothwendig der Eigenthümer des dienenden Grundstückes, wie l. 6. §. 3. D. eod. zu sagen scheint; sondern wer immer der Ausübung des Rechtes in den Weg tritt (l. 10. §. 1. eod.); aber allerdings ist zunächst an ersteren zu denken, weil die Klage, wohl ursprünglich, jedenfalls hauptsächlich, nicht nur Störung, sondern zugleich juris controversiam voraussetzt (arg. l. 4. §. 5. eod. vergl. oben S. 227.), und darum als Beklagten den Eigenthümer; helfen im Falle der bloßen Störung doch auch schon Interdicte (l. 4. §. 5. cit. l. 8. §. 5. eod. in fin.). Auf eine controversia ist auch die intentio der actio angelegt, welche überall in einer [entweder negativen *l. 6. pr. eod.* oder — selbst bei Prohibitivservituten möglicherweise — positiven *l. 9. pr. l. 4. §. 7. eod. l. 15. D. o. n. n. 39; 1.* Schmidt v. Ilm. Zeitschr. f. gesch. R. W. *XV.* S. 168. unten. Keller, Civpr. 2. Aufl. S. 111.] Behauptung des Rechtes besteht, und überflüssig war, wo lediglich das Factum der Störung in Frage stund. Das Urtheil hat, wo wirklich ein Servitutenstreit vorliegt, declaratorischen, aber auch in diesem Falle möglicherweise restitutorischen (heutzutage freilich schlechtweg condemnatorischen) Inhalt (l. 8. §. 4. l. 4. §. 2. D. h. t. 8, 5).

2) Wegen der auf den Usufructuar übertragenen Actionen s. S. 268.

§. 76.

Theilbarkeit und Untheilbarkeit der SS.

1) Die Prädialservituten erscheinen ihrer Ausübung nach als untheilbar [*„usus eorum indivisus est" l. 17. D. serv. Pomp.; fragm. Pomp.* bei Cramer in Hugo, civ. Mag. *VI. 1.: — earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, natu-*

ram ejus corrumpat]; wornach denn sie selbst „divisionem non recipiunt“ (l. 72. pr. D. v. o. l. 2. §. 2. eod: fragm. Pomp. cit: Servitutes non dividuntur), sondern „unum atque eo modo individuum (earum) jus est“ (l. 6. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8, 6). Daraus folgt, daß überall keine Theilservituten oder Servitutentheile möglich sind: weder sofort bei der Bestellung (arg. l. 19. D. s. p. r.; — l. 18. D. s. p. r.), noch nachträglich, aus Anlaß der Erbfolge (arg. l. 17. D. serv.) oder reellen Theilung des dienenden oder herrschenden Grundeigenthums (arg. l. 23. §. 3. D. s. p. r.). Weiter nun aber gehen die Folgerungen aus der Einheit der Servitut nicht, so daß es uns unrichtig dünkt, wenn man nicht blos unsere Negative „daß es keine partes servitutium gibt“ — sondern auch die positiven Bestimmungen darüber, was im Falle des Miteigenthums und der Eigenthumstheilung das Schicksal der Prädialss. sei, als bloße „Consequenzen“ der Servituteneinheit darstellen zu können meint (s. z. B. Vang. §. 340. Anm. 2). Wenn von den mehreren Miteigenthümern keiner pro parte die Servitut erwerben, haben, aufgeben kann, so folgt daraus mit nichten, daß nur Alle zusammen sie z. B. erwerben können; warum sollte nicht etwa auch Einer für Alle erwerben können, so wie wirklich Einer für Alle klagen kann? u. s. f.

Die Durchführung der Servituten-Einheit und Untheilbarkeit ist nun aber der Hauptsache nach enthalten in den Sätzen: a) „Per partes (d. i. kraft Eigenthumtheiles) nec acquiri nec imponi ss. posse“ (l. 32. D. s. p. r. l. 5. in fin. l. 6. §. 1. D. comm. pr.) — ein Satz, der sich auch auf die bloße Stipulirung oder Versprechung von SS. erstreckt (l. 19. D. s. p. r.), in gewissen Fällen dagegen (l. 32. l. 33. pr. eod.) eine vernünftige Milderung erfährt (vergl. l. 8. D. comm. pr.), und nicht mehr fordert, daß die mehreren Miteigenthümer gerade gleichzeitig handeln (l. 18. eod. l. 11. D. s. p. r.). Aber b) „per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non potest, (l. 8. §. 1. D. serv. l. 30. §. 1. D. s. p. u.). Hiernach erklärt sich, daß „proprio fundo per communem s. deberi potest“ (l. 27. D. s. p. r.) und auch communi per communem (arg. l. 34. eod.); warum aber letzteres nicht auch in dem Falle der l. 27. cit.? Kaum ist dieses Bedenken durch Cujacius (in Papin. quaest. lib. VII. ad l. 34. cit.) gehoben. Der Erhaltung zeigt sich das Recht

auch darin geneigter, daß c) den, gegen Verlust durch Nonusus, nöthigen Usus Einer für Alle bewirken [*arg. l. 10. pr. D. quemadm. s. am.; l. 16. eod.* — *„per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset*] und d) Einer für Alle klagen kann (l. 4. §. 3. l. 6. §. 4. D. si serv.); wofür dann aber auch Einer für Alle einstehen muß [*l. 4. §. 4. eod.;* mit der Modif. in *l. 6. §. 4. cit.*]. e) Mit der Tilgung verhält es sich wie mit der Bestellung: „neque acquiri libertas neque remitti s. per partem poterit (l. 34. D. s. p. r.). Ganz etwas anderes ist es, daß „ad certam partem fundi s. tam remitti quam constitui potest" (l. 6. D. serv.). Auch steht in diesem theilweisen Nachlaß keine Theilung, sondern eine Beschränkung der S. in Frage. Wenn f) das herrschende Grundeigenthum „zertrümmert" („particulatim venit"), überhaupt regionibus getheilt wird, „omnes partes servitus sequitur;" die S. vervielfältiget sich [*„ita ut singuli recte agant, jus sibi esse fundi (eundi) l. 23. §. 3. D. s. p. r.*]; den nun nicht mehr angrenzenden Parzellen freilich folgt sie nur unter einer selbstverständlichen Bedingung (l. 23. §. 3. cit.). Der belastete Grundeigenthümer soll sich über diese Servitutenvermehrung nicht beklagen; denn von nun an „sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit; — alter dominorum utendo sibi, non toti fundo proficit" (l. 6. §. 1. D. quemadm. s. am.). Minder einfach entwickelt sich der andere Fall: wenn das dienende Grundstück getheilt wird (l. 6. §. 1. cit. vergl. Puchta, kleine civ. Schr.: S. 112. fg.); doch kommt es auch hier entweder zu mehreren Servituten, oder es bleibt bei der Einen.

Nirgends hier treffen wir Servitutentheile; nichtsdestoweniger wäre es vorschnell, wenn wir „partes" einer Servitut in jedem möglichen Sinne läugnen wollten; die Quellen selbst reden von solchen [*l. 16. in f. D. quemadm. s. am. „— libertate enim hujus partis servitutis fruitur"*]. Eine nähere Betrachtung zeigt indessen, daß diese partes in Wirklichkeit selbständige, einzelne, Servituten sind, so wie die aus der Zertrümmerung des alten fundus hervorgegangenen neuen fundi auch noch partes (pro diviso[5]) heißen. In diesem Sinne könnten auch jene durch die Vervielfältigung einer S. bei Theilung des Grundstückes entstandenen Servituten irgendwo partes servitutis genannt sein;

der Fall in l. 16. cit. aber ist ein anderer mit der divisio aquae zusammenhängend, und dadurch ausgezeichnet, daß hier die s. g. partes servitutis nicht erst aus Einer hervorgehen, sondern zugleich und mit dieser sogenannten oder geschauten Einen Servitut entstehen.

2) Von den Personalss. erscheint a) der Usufructus als theilbar (l. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35, 2): sofort bei der Bestellung oder Versprechung (l. 5. D. usfr. arg. l. 19. D. usu), wie nachher beim Erbgang in letztern (l. 5. cit.); in Sachen der lex Falcidia (l. 1. §. 9. cit.) und der petitio (l. 6. §. 4. D. si serv. vind.). Und wie er selbst in ideellen Theilen bestehen kann, mag auch die Sache, woran er besteht, eine pars pro ind. sein (l. 5. §. 2. D. si usfr. pet.). Wenn nun dagegen b) der Usus untheilbar ist, so liegt es nahe, daß die Theilbarkeit und Untheilbarkeit hier und dort abermals von der Ausübung ausgeht, welche sich dort um den (theilbaren) fructus bewegt, während hier ein zwar beschränkbares (l. 14. §. 2. D. usu), nicht aber theilbares uti den regelmäßigen Inhalt der S. bildet [— *frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus l.* 19. *eod.* vergl. meine *Notamina ad usumfr. diss. Monach.* 1849. *Nr. III.*].

4. Superficies und Emphyteuse.

§. 77.

Diese beiden Sachenrechte haben im Obligationenrechte ihren Ursprung: l. 1. §. 1. D. superf. (43, 18.): qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur. Sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utile visum est — hoc Interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri; — l. 1. §. 1. D. si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur (6, 3.): qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit, competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes. l. 2. Ita tamen si vectigal solvant — vgl. Gaj. III. 145: si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis

municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu id vectigal praestetur neque ipsi conductori neque heredi ejus praedium auferatur — §. 3. J. loc. 3, 24. — de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, i. e. ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat (vgl. Rudorff, grom. Inst. §. 30.). War in dieser lex locationis „ne auferre liceat" das licere vielleicht wieder einmal statt posse gesetzt? wenn sie, wie Rudorff sich ausdrückt, einen (obschon bedingten) Verzicht enthielt, allerdings. Ist es wirklich der Fall, dann waren diese Verpachtungen von der gemeinen locatio conductio um einen wichtigen Punct verschieden; nur konnte für den Fall, daß eine Prohibition oder Ablation gleichwohl vorkäme, die bloßes Interesse erreichende Contractsklage nicht mehr genügen; vielmehr mußte man, um der lex locationis gerecht zu werden, und die Unentziehbarkeit zur Wahrheit zu machen, auf wirksamere, den Fortbesitz selbst schirmende Rechtsmittel denken [vgl. *l. 1. §. 1. D. superf. — si ipse (dominus) eum prohibeat, quod interest agendo consequetur — sed longe utile visum est, quia — melius est possidere potius, quam in personam experiri, hoc Interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri*]. Ueberdieß war die Statthaftigkeit der actio locati nicht einmal überall unbedenklich (quia et incertum erat, an locati existeret), da ja auch dem Singularsuccessor des Pächters (gewiß auch vom Singularsuccessor des Verpächters, wenn und wo es hier zu einer Singularsuccession kam) die Licenz nicht entzogen werden sollte. Uneinziehbarkeit fällt mit der zeitlichen Unbegrenztheit der Pacht zusammen: so daß auch letztere als Motiv der Selbständigkeit des Klagschutzes für beide Verhältnisse erscheint [*l. 1. §. 3. D. superf. — ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. l. 1. §. 1. D. si ager vect.: qui in perpetuum . . conduxerunt*] und „jus perpetuarium" eine Bezeichnung für die Emphyteuse wird (l. 1. C. off. com. s. pal. 1, 34.). Einmal eingeführt kam sie (beim ager vectigalis) auch dann noch zu gut, si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit (l. 3. D. si

ag. vect.). Darüber wie der ager vectigalis das Vorbild der Emphyteuse, und endlich mit dieser identificirt wurde, vgl. Arndts in Weiske's Rechtsl. III. S. 849 fg., und zur Geschichte der Superficies Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XI. Nr. 7. S. 219. und dazu Mommsen, Röm. Urk. ebendas. XV. SS. 333—341. — In Folge der in rem actio mußte das nun einzeln in's Auge zu fassende

1) emphyteuticarische Recht als jus in re erscheinen (l. 71. §. 5. §. 6. D. leg. I.) — in welchem das uti frui licere des Pächters nicht mehr auf die Person des Verpächters, sondern auf sich selber gestellt ist — in welchem aber gleichwohl, wie dem bloßen jus in re die res, dem selbstherrlichen Pächter ein Eigenthümer (l. 1. §. 1. D. h. t. 6, 3.), dem Inhaber des jus ein „rei dominus" gegenübersteht (l. 1. C. jure emph. 4, 66.). Die res ist bäuerliches Grundeigenthum, der „Emphyteusis" zum Trotz aber doch auch städtisches (Nov. 120. c. 1. §. 2. vgl. Nov. 7. c. 3. vgl. Arndts a. a. O. S. 854.), wahrscheinlich mehr durch Ortsgebrauch, als in absichtlichem Gegensatz zur Superficies. Betrachten wir sofort Grundeigenthum und jus emphyteuticarium nebeneinander und im Verhältniß zu einander, so finden wir a) im jus emph. dieselben Befugnisse, wie im Usufructus; ja da man dem Emphyteuta auch bezüglich der Art der Bewirthschaftung (salva rerum subst.) freie Hand läßt (vgl. Arndts a. a. O. S. 855. Schmid, Handb. des gem. bürg. R. II. §. 22. S. 16. Anm. 1.), noch mehr (bezüglich des Usufr. vgl. z. B. l. 13. §. 4. sqq. D. usfr. u. oben S. 280.). Viel bedeutender aber überragt die Emphyteusis den Usufructus an Macht: der alienatio, die hier „Veränderung" des Rechtes selbst ist (§. 3. J. cit.; l. 71. §. 5. §. 6. D. leg. I. l. 3. C. h. t.) und durch den Richter, wie den Emphyteuta selbst bewirkt werden kann (l. 10. D. fam. herc. 10, 2. l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3; l. 15. §. 26. D. damn. inf. 39, 2.); der obligatio (l. 16. §. 2. D. pign. act. 13, 7.); der Selbstbeschränkung [durch Servituten, die freilich nur *tuitione Praetoris* Geltung hatten — *l. 1. pr. D. quib. mod. usfr. am. 7, 4.* — und gleich dem Pfande — *l. 31. D. pign. 20, 1.* — mit der Emphyteusis selbst erlöschen müssen]; der Selbsterweiterung (durch Servituten, mit der vorigen Einschränkung — Arndts, a. a. O. S. 857. Schmid, a. a. O. Anm. 27.).

Die dem jus emph. verliehene in rem actio aber ist eine „agri emphyteuticarii petitio“ (Rubr. D. h. t.) also gleich der alten vectigalis actio [*„quae de fundo vectigali“ proposita est l. 66. pr. de evict.* 21, 2. *l.* 15. §. 26. *D. damn. inf.*] vielmehr der rei vindicatio, als der confessoria de serv. actio nachgebildet, so daß man sie wohl „utilis rei vindicatio“ nennen (vgl. Glück, VIII. §. 603. S. 408. Arndts a. a. O. S. 857. l. 16. §. 2. D. pign. act. 13, 7.) und ihr eine utilis negatoria an die Seite geben mag (Arndts a. a. O.); was man nicht dürfte, wenn sie von der Art der ususfructus petitio wäre (vgl. oben S. 267.). Hiemit stimmt es denn auch gut zusammen, daß zur Verfolgung der Servituten, sowohl derer die der Emphyteuse, als die des Grundeigenthums sind, die emphyteuticarische in rem actio nicht ausreicht, und auch die confessoria de serv. actio dem Emphyteuta zurecht gemacht werden mußte (l. 16. D. serv.). Es ist verzeihlich, wenn man, bis auf Thibaut (Versuche II. Nr. 3. über dominium directum und utile), in der Emphyteuse Eigenthum selbst erblickte; denn so weit geht in ihr die Nachahmung desselben, daß wir überhaupt keine Action des Eigenthums wissen, mit welcher der Emphyteuta nicht ausdrücklich [*l. 4. §. 9. D. fin. reg. 10, 1.; l. 7. pr. D. comm. div. 10, 3.; l.* 23. *§. 1. D. a. pl. arc. 39, 3.*], oder muthmaßlich und unzweifelhaft [*l. 3. §. 3. D. o. n. n. 39, 1. l. 11. §. 14. D. quod vi 43, 24. l.* 18. *§. 8. D. damn. inf. 39, 2.*] belehnt wäre. Das ihr b) gegenüberstehende Grundeigenthum hat denn auch an Befugnissen nichts mehr, und nur in einer gewissen Macht besteht es fort. Dahin rechnen wir — von der rei vind. gegen dritte abgesehen — die Erbzins-Forderung (l. 2. C. h. t. Nov. 7. c. 3. §. 2.). Daß wir doch wüßten, ob im classischen Rechte überall auch Klagen auf Verabreichung des Zinses bestunden: nämlich auch gegen den Singularsuccessor! Wenn sie bestunden, waren das keine Klagen von rein persönlicher (obligatorischer) Art mehr, und auch darauf möchte der Zweifel „an locati existeret“ (l. 1. §. 1. D. superf.) bezogen werden dürfen. Möglich aber ist auch, daß dem Anspruch gegen diejenigen, welche nicht mehr als ex contractu obligirt gedacht werden mochten, lediglich durch Ablation, d. i. Vindication (vgl. l. 1. §. 4. D. superf.) des Grundstückes

Nachdruck gegeben werden konnte — ein Satz, den Carpzow noch für seine Zeit wenigstens dahin vertheidigte, daß Vindicant nicht auch noch den rückständigen Zins eintreiben könne (vgl. Glück §. 606. S. 433.). Die Novelle 120. cap. 8. allerdings kennt eine Eintreibung des rückständigen Zinses neben der Privation, so daß man für das neueste Recht die s. g. emphyteuticaria (in personam) actio (Arndts a. a. O. S. 869.) für alle Fälle einräumen muß; allein zugleich ist es nothwendig geworden, entweder einen Uebergang der Forderung oder Schuld ohne weiteres auch an die Singularsuccession in Grundeigenthum und Emphyteuse zu knüpfen, oder aber diese Forderung als einen Bestandtheil activ des Grundeigenthums, passiv der Emphyteuse — kurz als Reallast (vgl. Schmid a. a. O. S. 31.) — zu betrachten, wie wir thun. Auf den Veräußerungsconsens, als Contractserneuerung (vgl. Unterh. Schuldverh. II. S. 364.) kann unseres Erachtens die Obligation deswegen nicht gebaut werden, weil Singularsuccessionen auch ohne Consens, ja trotz Dissenses möglich sind (l. 3. C. h. t.). Ferner erblicken wir das Grundeigenthum in den Rechten des Verkaufes, der Consensertheilung und der Lehnwaare (l. 3. C. h. t. Arndts a. a. O. S. 864. fg.) — abermals als eine Macht: der Privation, d. i. Vindication, im Falle daß Emphyteuta denselben nicht gebührend nachkommt; — und endlich auch in der Privation wegen Deterioration (Nov. 120. c. 8.) und wegen Nichtentrichtung der auf der Emph. lastenden öffentlichen Abgaben (l. 2. C. h. t.). Wegen der im Deteriorationsfalle mit der Privationsklage concurrirenden Ersatzforderung (Nov. 120. c. 8. „— potestatem . . . concedimus, ut . . . veterem statum rei . . . in emph. datae exigat, et . . . emphyteusi . . . ejiciat . . . Homb. vgl. Nov. 7. c. 3. §. 2.) gilt dasselbe, was wir oben von der Forderung des Canon bemerkt haben; in Servituten-Erwerb und Bestellung dient der Usufr. als Muster. — Wie wenig obligatorisches darnach für das Wesen der Emphyteuse übrig bleibt, erhellt von selbst; mit den ersten Contrahenten und ihren Erben entwächst selbst die Zinspflicht den Banden der bloßen Obligation; wir haben, juristisch, nicht wirthschaftlich erwogen, ungleich mehr einen (erblichen, veräußerlichen) Usufructus vor Augen, als Pacht — einen Usufructus, der, um seiner Dauer willen, in manchen Stücken

dem Eigenthum noch näher gerückt ist, als der so genannte Ususfructus. Darum wäre, wenn man nach der Entstehung unseres jus in re fragt, selbst für diejenigen, denen die Servituten aus bloßem Vertrag entspringen, immer noch einiger Grund, für die E. mehr zu verlangen, als diesen [vgl. Schmid a. a. O. §. 21. S. 10. Anm. 9. u. die dort Agff.; s. dag. Arndts a. a. O. S. 869.]; wogegen das Anstößige, welches die Begründung durch Vermächtniß und Ersitzung auf den ersten Blick haben möchte, in dem Maße verschwindet, als das Obligationenartige des Verhältnisses zurück, und das Eigenthumsartige hervor tritt. Freilich erfordern beide, Vermächtniß und Ersitzung, noch jene Rechtfertigung und Casuistik, die wir bei Arndts a. a. O. SS. 871—877. treffen und nur nach Maßgabe unserer Ansicht von den Erfordernissen der außerord. Ersitzung (oben S. 224.) beanstanden können. Hiernach hat denn auch die Praxis guten Grund, daß sie die E. durch Dereliction erlöschen läßt (vgl. Glück VIII. §. 616. S. 532. unten; Arndts S. 878.). Gibt es auf diesem Gebiete auch einen Nonusus, mit oder ohne libertatis usucapio? Mit Unrecht stellt Schmid (a. a. O. §. 24. Anm. 13.) theilweise sogar die juristische Möglichkeit eines solchen Vorkommens in Abrede; die „Verjährung" der Emphyteuse (nicht bloß ihrer Klage), welche man ziemlich allgemein aus longi und longissimi temporis praescriptio und in Nachahmung der Pfandrechts=Verjährung entwickelt, also zu einer Ersitzung, und zwar des Eigenthums, überdies des (von der Emph.) freien Eigenthums, oder auch blos zur Freiheits=Ersitzung macht [Arndts a. a. O. S. 879. Unterholzner Verjährungsl. II. §. 241.]: was ist sie anderes als Nonusus mit lib. usucapio, bei der man, — im Widerspuch mit unserer (S. 279.), nicht der gemeinen Ansicht von den Erfordernissen der lib. usucapio — von dem Usucapienten b. fidem, d. i. Unkenntniß des fremden Rechtes fordert? — Auf andere Endigungsarten, die mehr aus der Natur der Sache, oder der jura in re, oder der Macht des Grundherren folgen, gehen wir kürzehalber nicht weiter ein.

2) Superficies. Diesen Namen hat unser Recht [z. B. *l. 9. §. 4. D. damn. inf. 39, 2.: „si solum sit alterius, superficies alterius"*] von seinem Gegenstande [z. B. *l. 3.* §. 7.

D. uti poss. 43, 17.: „semper enim superficiem solo cedere]; und hernach hat wiederum der Gegenstand vom Recht seinen Zunamen bekommen [*l. 2. D. h. t. 43, 18.: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt* —]. Den Inhalt dieses Rechtes entnehmen wir aus jenen Inschriften bei Rudorff und Mommsen (s. S. 286 oben.): „— ei permissum sit aedificare a solo . . pecunia sua, praestaturus solarium sicut ceteri" — und: — „— ut ad voluptatem suam hospitium sibi extruat, quod ut habeat sui juris et ad heredes transmittat." Die Superficies kann freilich auch schon vor Begründung der Superficies dastehen (l. 1. §. 3. D. h. t.), in welchem Falle wir dem Superficiar doch wohl nicht auch die Befugniß des Abbruchs und der Zerstörung einräumen dürfen (s. dag. Schmid, a. a. O. §. 27. S. 68. Anm. 1.): ein Gedanke, der seinen Ursprung in einem anderen hat, dem nämlich: daß die Superficies abgesehen davon, daß aedificium solo cedit (d. h. daß Superf. nicht Eigenthum ist) Eigenthum sei (Schmid a. a. O. S. 60. Büchel, civilr. Erört. I. 3. S. 56.). — Mit dem Hause, nnd also auch mit dem Platz, soll der Superficiar nicht alieno juri (des Platz- und Hausherren) unterthan, sondern sui juris — selbstmächtig durch actio in rem („de superficie" l. 1. §. 3. eod.) wie durch Interdicte sein. Die ganze, dem Emphyteuta zugeschriebene Macht kehrt hier wieder (vgl. noch l. 1. §. 7. eod.; l. 1. §. 9. eod. l. 1. pr. D. quib. mod. usfr. am. 7, 4.; l. 16. §. 2. D. pign. act. 13, 7. l. 13. §. 3. D. pign. 20, 1.; l. 13. §. 8. l. 39. §. 2. D. damn. inf. 39, 2. l. 11. §. 14. D. quod vi aut cl. 43, 24. l. 3. §. 3. D. o. n. n. 39, 1.; l. 1. §. 8. D. h. t. l. 9. l. 10. D. fam. herc. 10, 2.; nur natürlich a. pluv. arcendae und fin. reg. actio nicht, s. oben S. 229. S. 248.); nicht so die des Grundherren; wenigstens stehen ihm hier jene eigenthümlichen Rechte des Vorkaufs ꝛc. nicht von selbst zu. Selbst ein Boden- oder Hauszins muß nicht nothwendig ausgemacht sein, da die Superficies auch schenk- oder verkaufsweise gegründet werden kann; besteht aber ein solcher, dann scheint die in l. 1. §. 4. D. h. t. wider die Vindication des Grundherren gegebene exceptio in Folge zweijähriger Saumsaal wegfallen, d. i. Privationsrecht platzgreifen zu müssen (vgl. l. 54. §. 1. l. 56. D. loc. cond. 19, 2.). Sonst brauchen wir, nach

dem, was zur Emph. bemerkt wurde, auch über Entstehung und Endigung der Superf. nichts mehr beizufügen.

5. Das Pfandrecht.

§. 78.

Von der Pfandschuld.

Selbst wo die Sache „gesetzt" wird (als Wettpreis — Rudorff, die Pfandklagen, Zeitschr. f. g. R. W. XIII. S. 195.) und also Pfand und Gegenstand der Forderung zusammenfällt, geschieht die Verpfändung um der Forderung willen; nirgends ist die Verpfändung Selbstzweck; überall sind sie um eines Anspruches willen, und zwar zu seiner Sicherung und Deckung da. Hiernach scheint das Pfandrecht (pignoris obligatio) Accession der Forderung zu sein, wird in den Quellen einmal als solche bezeichnet (l. 43. D. solut. 46, 3.), und von den Unsrigen, fast ohne Ausnahme [s. jedoch Schmidt, Grundsätze des gem. und preuß. Pfandr's. 1840. S. 90 fgg.] dafür gehalten. Indessen, wenn es sich auch erhärten sollte, daß „Existenz der Forderung conditio sine qua non des Pfandrechts" ist (Puchta, P. §. 194.), so wäre doch damit die accessorische Natur des letzteren noch nicht erwiesen. Existenz z. B. einer heredis institutio ist conditio sine qua non des Testamentes, das Testament aber nichtsdestoweniger keine Accession der Erbeinsetzung. Zum Begriff einer Accession ist wesentlich das Verhältniß einer „Grundlage" zu demjenigen, was darauf beruht oder besteht; körperliche Accessionen fordern eine körperliche Grundlage (S. 180.), rechtliche eine rechtliche. Rechtliche Accessionen (z. B. Prädialservituten) können nicht existiren, außer auf ihrer Grundlage (z. B. der res, d. i. dem Grundeigenthum S. 252. §. 69.), während die Grundlage ohne Accession wohl existiren kann. Es fragt sich also, ob das Pfandrecht ohne die Forderung überall nicht existiren könnte, wohl aber die Forderung ohne das Pfandrecht? Diese Frage muß verneint werden. Zwar wenn wir in's Auge fassen blos was gewöhnlich vorkommt, dann wird

das Pfandrecht nicht existent vor der Forderung und verschwindet mit dieser, während die Forderung für sich allein aufkommen und bestehen kann. Allein es kommen auch Fälle vor, in denen die Forderung für sich allein nicht mehr bestehen könnte, sondern im und durch ein Pfandrecht besteht. So zufolge des jus offerendi (l. 12. §. 6. l. 16. D. qui pot. 20, 4.); hier findet eine successio in prioris creditoris locum (Rubr. eod. l. 12. §. 2. l. 16. eod. etc.), oder in dessen jus pignoris (l. 3. D. quae res pign. 20, 3.), nicht aber in prioris creditoris obligationem statt, wie Bachofen (das röm. Pfandr. I. S. 513. Nr. 11. 15.) meint (vgl. gegen ihn Keller, Richter's u. Schneider's krit. Jahrb. Sechster Jahrgang. Bd. XII. S. 1012.). Die Erklärung, welche von einer fingirten Cession der Forderung ausgeht, scheint uns, so verbreitet und eingewurzelt sie ist (Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. S. 468. Sintenis, Pfandr. §. 46. S. 417. S. 419. Puchta P. §. 213. Glück XIX. §. 1097. rc.), nicht minder verwerflich; nach ihr nicht minder als nach der Bachofen'schen Meinung müßte der nachrückende Gläubiger auch die Forderungsklage bekommen, was nirgends bezeugt ist [*l. 19. D. qui pot.* gilt einem anderen Fall; *l. 12. §. 6. eod.* sagt nur: *rem teneri*]; er müßte, woferne für die cedirte Forderung auch noch andere Sachen hafteten, Pfandrecht auch an diesen erlangen [vgl. den Rechtsfall in Ihering's Civilrechtsfällen, Nr. 192.], wofür wir wiederum weder in den Quellen, noch in der Sache selbst einen Anhalt haben; und endlich, vor der lex Anastasiana, immer den ganzen Betrag der cedirten Forderung verlangen können, während er nach l. 16. pr. eod. nur „in ea quantitate, quam priori exsolvit, in locum ejus substituitur" (womit l. 12. §. 6. eod. nicht widerstreitet; vgl. l. 17. eod.). Freilich besteht auch dieses Pfandrecht nicht ohne Forderung; das zeigt sich in dem Betrag, für den das Pfand dem nachgerückten Gläubiger haftet; allein die Forderung ist nicht mehr dieselbe, die der frühere Gläubiger hatte; sie besteht nicht mehr ohne das Pfandrecht und außer demselben, sondern einzig durch das Pfandrecht, und geht in diesem auf. Was aber von dem jus offerendi, gilt gleichmäßig von den übrigen Fällen der s. g. hyp. Succession. Hierher gehören weiterhin Fälle, in denen die Forderung durch Confusion

(l. 59. ad SC. Treb. 36, 1. l. 38. §. 5. D. solut. 46, 3.), oder auch sonstwie (l. 13. §. 1. D. ad SC. Vell. 16, 1.) erlischt, ohne daß Befriedigung erfolgt wäre. Wenn hier das Pfandrecht fortbesteht, so geschieht dies nicht etwa durch eine fortexistirende obligatio, vielmehr „remanet . . propter pignus naturalis obligatio“ (l. 59. pr. cit.); die Forderung ist auf den Boden des Pfandrechts zu stehen gekommen, besteht — wie wir lieber sagen möchten — nur mehr im Pfandrecht. So kommen wir zu der Behauptung, daß das Pfandrecht zwar scheinbar Accession einer Forderung ist, weil es mit einer neben und außer ihm stehenden Forderung, überdies im Dienste derselben, zu entstehen und zu enden pflegt; daß aber in Wahrheit das Pfandrecht eigenen Bestand hat, eine Forderung in sich trägt, mitunter selbst dann noch, wenn die außer ihm bestehende Forderung untergegangen ist. Wie dies zu denken sei, soll in §. 82. klarer werden; hier genüge die Andeutung, daß eine Forderung ohne erfüllt (überhaupt „satisfacirt“) zu sein, endigen kann; daß das Pfandrecht selbst, als solches, eine obligatio ist, welche den Inhalt einer neben und außer ihr stehenden obligatio zum Gegenstand zu haben pflegt, dagegen nicht nur ihre eigene Realisirung, sondern auch eigene Bedingungen ihrer Existenz hat; namentlich kann es ohne Befriedigung nicht erlöschen [*l. 13. §. 4. D. pign. 20, 1 — suas conditiones habet hypothecaria actio, i. e. si soluta est pecunia, aut satisfactum*]. Die neben und außer dem Pfandrecht bestehende Forderung kann ohne Befriedigung erlöschen, während eben darum pignoris obligatio noch fortdauert. —

Pignoris obligatio aber kann eingegangen werden „pro quacunque obligatione; insbesondere auch für eine naturalis obligatio (l. 5. pr. l. 14. §. 1. D. pign. l. 13. D. cond. ind. 12, 6.); l. 2. D. quae res pign. (20, 3.) darf und kann uns darin nicht irre machen; es sind ganz andere Rücksichten, weshalb hier dem Verpfänder geholfen wird, als weil blos naturalis obligatio vorliege (vgl. l. 9. pr. D. SC. Maced. 14, 6. l. 13. D. min.). Für eine Forderung aber, die nicht einmal naturaliter besteht, mag sie nun ipso jure oder ope exceptionis ohnmächtig sein, gibt es kein Pfandrecht (arg.

l. 7. C. si pign. conv. num. pec. sec. non fuerit 8, 33.). Verbotene wie sittlich verwerfliche obligationes sind niemals naturales: selbst in solchen Fällen nicht, wo Rückforderung des Gezahlten ausgeschlossen ist (s. übrigens Sint. a. a. O. §. 9.). Für bedingte Forderung ist nur bedingtes Pfandrecht möglich (l. 5. pr. i. f. D. pign.). — Zu den Forderungen, wofür ein Pfand bestellt werden kann, gehört auch futura obligatio (l. 5. pr. cit.); und so viel aus der Darstellung von l. 5. pr. cit. zu schließen, ist das für sie bestellte Pfandrecht sofort existent — was freilich mannigfachen Widerspruch findet. [Huschke, vom bedingten und dem mit einem *dies* behafteten Pfandr. Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XX. S. 153. Puchta, P. §. 210. 1. Arndts P. §. 366. §. 384. 2. Vangerow §. 372. Anm. 3. u. a. m.]. Indessen kommt alles darauf an, wie weit man den Begriff der futura obligatio faßt. Mit einer betagten Forderung, wie Sintenis (Pfandr. §. 11.) dürfen wir dieselbe nicht identificiren (vergl. l. 5. pr. cit.). Anderseits findet sich kein Grund, z. B. den Pachtschilling, welchen der Pächter nach Jahren einmal vielleicht schulden wird, der futura obligatio entgegenzusetzen, wie dies Arndts, und Huschke (S. 157.) thun; hier liegt weder eine gegenwärtige, noch eine bedingte, noch eine betagte Forderung vor (arg. l. 89. D. v. o. 45, 1), wohl eine Forderung die in l. 89. cit. als „futura obl.“ bezeichnet wird. Daß für derlei künftige Forderungen sofortiges Pfandrecht entstehen könne, wird durch l. 9. pr. D. qui pot. nun auch im Einzelnen bezeugt, und seltener beanstandet, da man meist nur das Dasein der „futura obligatio“ in solchen Fällen läugnet oder übersieht. Es sind aber dies die einzigen Fälle, für welche der, überhaupt seltene, Name (vgl. noch l. 6. §. 2. D. fidej. 46, 1.) speziell vorkommt. Um sicher zu gehen, dürfen wir den Begriff der fut. obl. denn auch nicht über das Wesen der bezeugten Fälle hinaus, auf alle künftig irgendwie möglichen Obligationen, ausdehnen. Das Wort von Gajus IV, 131: — sane quidem obligatio contracta intelligitur, praestatio vero adhuc nulla est — geht auf betagte Forderungen (vergl. l. 16. §. 1. D. v. o. l. 35. §. ult. D. m. e. d. 39, 6); wir würden, um unser Verhältniß zu bezeichnen, vielleicht sagen dürfen: sane quidem contractum intelligitur, obligatio vero ad-

huc nulla est. Innerhalb eines Contractes können sich Obligationen entwickeln, die möglicherweise auch ausbleiben z. B. innerhalb des Darlehens (Zinsobligationen l. 18. D. qui pot.), der Societät, Vormundschaft (vgl. l. 10. D. in quib. caus. pign. tac. 20, 2. „— veterem contractum"); vielleicht ist auch der Quasicontract des Legates mit Hinsicht auf das legatum annuum hieher zu rechnen, wenn letzteres gleich conditionale heißt (l. 4. D. h. t. 33, 1). Für solche futurae obligationes werden namentlich unsere Dienstcautionen (gegen Cassadefecte ꝛc.) aufgerichtet. In allen diesen Fällen wird verpfändet, weil es zu Obligationen kommen wird, oder vielleicht kommt; wird dagegen verpfändet, wenn es zur Obligation kommt [*l. 11. pr. D. qui pot.* „— *ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata* —" *l. 1.* §. 1. *eod.: — pignus accepit ad eam summam, quam* (d. i. *si quam*) *intra diem certum numerasset.* —" Vergl. *11.* §. 2. *D. pign. act. 13, 7.*], so reden die Quellen weder von futura obligatio, noch von sofortigem Pfandrecht. Nach unserer Begrenzung der futura obligatio ist es, näher betrachtet, ein schon vorhandenes, pure bestehendes, Verhältniß unter den Parteien, gegen dessen mögliche Folgen schon jetzt Sicherheit begehrt wird („in universam conductionem pignora sunt obligata" l. 1. §. 4. D. migr. 43, 32.); darum, weil sie sich nur als Folge oder Entwicklung des Vorhandenen darstellt, scheint uns sofortiges Pfandrecht für fut. obligatio eingeräumt; wenn auch nicht die Existenz einer obligatio: die Existenz einer causa obligationum setzt das Pfandrecht immerhin voraus.

Aus anderem Grunde datirt Papinian in l. 1. pr. D. qui pot. (vergl. l. 11. pr. eod.) das Pfandrecht des dotis promissor für die Rückforderung der dos vom Tage der Verpfändung; allein auch der Fall ist ein anderer; nicht sofortiges Pfandrecht, sondern Retrotraction eines künftigen steht in Frage; numeratio dotis wird abgewartet; vor dieser besteht noch kein Pfandrecht; denn aus der promissio dotis mag numeratio dotis und damit obligatio folgen; nichtsdestoweniger ist sie kein Verhältniß, das schon für sich — ohne numeratio — das Verlangen nach sofortiger Sicherheit rechtfertigt.

Kann in Fällen wie l. 16. §. 3. D. pign. durch Pfänder

cavirt werden, so können nicht blos Forderungen, sondern auch andere Ansprüche Pfandsicherheit erlangen.

§. 79.

Das Pfandobject.

Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest (l. 9. §. 1. D. pign. 20, 1) — ein Grundsatz, den wir nicht etwa aus der dem Pfandrecht (nur meistens) innewohnenden Verkaufsmacht, sondern aus der Verwandtschaft ableiten, welche die Verpfändung als solche mit der Veräußerung hat, und wornach sich denn auch sonst das obligare dem alienare annähert (vergl. S. 185. Nr. 5. l. 1. §. 2. D. reb. eor. 27, 9. l. 4. D. fund. dot. 23, 5. l. 7. C. reb. alien. non alien. 4, 51). Die servitutes pp. urbanorum bilden aber eine Ausnahme von der Regel (l. 11. §. 3. D. pign.); doch möchte dieselbe — besonders wenn wir sie mit Rudorff (Zeitschr. f. g. R. W. XIII. S. 186) erklären, ihren Boden bereits im neueren römischen (vgl. Vang. §. 367. Anm. II. 2), geschweige denn im heutigen Rechte, verloren haben (Arndts §. 367. Anm. 2. d.).

Auf Eine Sache ꝛc. ist Ein Pfandrecht nicht beschränkt [*l. 19; l. 13. pr. l. 34. pr.; l. 32. D. pign.*]; kann doch ein ganzes Vermögen Gegenstand Eines Pfandrechtes sein [*l. 15.* §. 1. *l. 29.* §. *ult. l. 6. eod. Paul. R. S. V. 6.* §. 16. *l. 9.* C. *quae res pign. oblig. poss. 8, 17.*]. Für den Fall, daß die mehreren Gegenstände nicht einzeln („specialiter" l. 6. l. 15. §. 1. citt.), sondern in Collectivnamen (l. 13. pr. l. 34. pr. citt.), oder sonstigen allgemeinen Bezeichnungen („generalis obligatio, hypotheca" l. 6. cit. l. 9. C. cit.) verpfändet werden, gibt es Legal-Interpretationen, die den Umfang der Verpfändung näher bestimmen; und insbesondere sind die Bestimmungen, daß in der Heerde ꝛc. auch die Nachschaffung ꝛc. verpfändet sei, (l. 13. pr. l. 34. pr. citt.) nichts als Interpretation was verpfändet worden, mit nichten also Folgen irgend einer unkörperlichen Sachheit (§. 50. S. 176). Was gilt bei Collectiv- und General-Verpfändungen bezüglich derjenigen Stücke, welche der Verpfänder etwa veräußert? Bezüglich des Waarenlagers sprechen sich die Quellen aus (l. 34. pr. cit), es versteht sich wohl von selbst wie; für alle anderen

Fälle wird heutzutage vorherrschend das Gegentheil behauptet. [Wächter, Erört. *I.* §. 5. S. 20. Puchta, P. §. 203. *d.* Arndts, P. §. 368. Anm. 2. Vang. §. 369. Anm. 1. a. E. u. 3.]. Uns scheint die Modification, welche Huschke. (Zeitschr. f. P. u. Civilr. XX. S. 252) vorschlägt, nothwendig (vergl. l. 7. §. 1. D. qui pot. „— pignerata erat." l. 9. D. in quib. caus. pign. 20, 2. l. 29. pr. D. qui et a quib. manum. 40, 9.).

Zur Interpretatio, was im einzelnen Falle verpfändet sei, gehört auch die Frage nach den Accessionen (im weitesten Sinne des Wortes): sei es nun, daß der Pfandobjecte mehrere oder nur eines sei. Gerade vom Standpunkt der Interpretation aus fände man nun, so viel die fructus anlangt, keinen Grund, von Paulus R. S. II. 5. §. 2. [*Fetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit*] abzuweichen; nicht selten scheinen dieselben aber durch Nebengeding mitverpfändet worden zu sein, so daß „fructus pignori datorum praediorum, et si id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse (l. 3. C. in quib. caus. pign. tacit. 8, 5): und denselben Hergang dürfen wir (gegen Bachofen, Pfdr. I. S. 154) auch für die Agnation der Thiere und Sclaven annehmen [*l. 29. §. 1. D. pign.* „*— etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non —*" vergl. *l. 26.* §. 2. *eod.* „*— neque ex pignoratis ancillis nata —*" *l. 1.* C. *partu pign. 8, 25.*]; entweder hat Paulus in dieses Placet (l. 1. C. cit.) nicht miteingestimmt, oder die Stelle ist mit Huschke (Stud. I. S. 370. Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XX. S. 263. fg.) nach Maßgabe der Interpretatio und l. 8. D. in quib. caus. (20, 2). Paul. lib. II. sent. zu erklären und zu verbessern (retinetur statt tenetur). [Vergl. Vang. §. 370. Anm. u. die Meisten; dagegen Puchta P. §. 203. *not. f.* u. Vorl. Warnkönig, civ. Arch. *XXII. nro. 15.* „Inwieweit erstreckt sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache?"]

Nicht mehr auf dem „Verpfändungswillen" (Huschke, Zeitschr. a. a. O. S. 250 oben) beruht es, daß sich das Pfandrecht auch auf Alluvion rc. erstreckt [*l. 16. pr. D. pign.* vgl. *l. 18. §. 1. §. 2. D. pign. act.* in deren Erklärung und Verbesserung wir Huschke, a. a. O. S. 251. beitreten. S. dag. Vang.

a. a. O. I. gegen Ende.]; an einem körperlichen Theile ist auch kein Pfandrecht möglich (vergl. l. 21. D. pign. act.), ebensowenig als an nuda proprietas, nachdem der ususfr. heimgekehrt ist (l. 18. §. 1. D. pign. act.). An ideellen Theilen dagegen finden wir auch Pfandrecht (l. 10. l. 16. §. 8. D. pign.), so daß die „Untheilbarkeit" des Pfandrechtes nicht von dem Pfandobjecte zu verstehen ist. Wie „si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit" (C. 8, 32)? Vergl. l. 1. l. 2. eod. mit l. 11. §. 4. D. pign. act. Zu der schwierigen l. 29. D. fam. herc. (10, 2) vergl. Bachofen, a. a. O. S. 196. Nr. 4. dazu Keller, Rec. in Richter und Schneider krit. Jahrb. 1847. S. 1004 unten.

Daß ein Pfandrecht auch an res futurae bestellt werden könne, folgt aus obigem von selbst, und wird in l. 15. pr. D. pign. allgemein ausgesprochen: Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes partus ancillae, fetus pecorum, et ea quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Ein sofortiges Pfandrecht wie für obligatio futura ist an res futura nicht mehr denkbar; wohl ein Pfandrecht, das dereinst vom Tage der Verpfändung datirt. Aber auch dazu muß sofort am Tage der Verpfändung ein gewisser Grund gelegt [*l. 11.* §. 3. *D. qui pot. Si de futura re convenerit, ut pignori sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuerit debitoris; et in fructibus, si convenerit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi* — allenfalls auch bloßes Pachtrecht: Huschke a. a. O. S. 261. — *conventionis tempore fuit debitoris,* vergl. *l. 8. pr. D. c. e. 18,1.*], und auf dieser Grundlage, in diesem Rechte, die Sache dann entstanden [*l. 29.* §. *1. D. pign. — si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. arg. l. 1.* §. 2. *in fin. eod.*], oder doch wenigstens noch gezeugt sein (l. 18. §. 2. D. pign. act. l. 1. pr. D. Salv. int. 43, 33. Vang. §. 370. Anm. I.). Ob die res futurae nur mit der Hauptsache, und stillschweigend, oder für sich verpfändet wurden, macht keinen Unterschied.

Eine Verpfändung künftiger Sachen steckt auch in der Verpfändung einer Heerde ꝛc., des gegenwärtigen und künftigen Vermögens; nur daß die künftigen Sachen hier in dem weiteren

Begriffe der „künftig erwerbenden“ [*„quae habiturus sum“*, *„bona postea quaesita“ l. 1. pr. D. pign. l. 7. §. 1. D. qui pot.*] aufgehen. Eine solche generelle Verpfändung dessen, was man noch nicht hat, ist unanstößig; von wann an aber das Pfandrecht hier als existent zu betrachten sei, liegt noch im Streit; man weiß es jedoch zu rühmen, daß die „richtige“ Ansicht immer größere Anerkennung findet — die Ansicht nämlich, daß das Pfandrecht mit dem Erwerbe ohne Zurückbeziehung platzgreife [s. u. a. Puchta, Vorl. Beil. XIX. Huschke, a. a. O. S. 202 fg. Sintenis Hdb. des gem. Pfandrechts §. 44. S. 386. Wang. §. 369. Anm. 1.], und scheint die Einwendungen, welche vor kurzem wieder erhoben worden sind [Schmidt, Finanzproc. in Dresden, Zeitschr. f. Civilr. u. Civpr. N. F. VIII. S. 367 fg.] nicht sonderlich zu achten. Indessen haben uns des Letzteren Ausführungen überzeugt, daß l. 7. §. 1. D. qui pot. von gleichzeitiger Pfandbestellung spreche [*Si tibi „quae habiturus sum“ obligaverim, et Titio specialiter fundum „si in dominium meum pervenerit“, mox dominium ejus adquisiero: putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et (Florent.) in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit: quippe cum res ex nummis pignoratis emta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.* Vgl. *l. 7. pr. l. 5. eod.*]. Hiemit verliert die herrschende Meinung ihren Boden; weder l. 34. §. 2. D. pign., noch sonst eine Stelle vermag ihn zu ersetzen. l. 28. D. j. fisci (49, 14.): Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus — enthält etwas Besonderes (vgl. Huschke a. a. O. S. 207 fgg. Bachofen, Pfdr. I. S. 360. Nr. 11.; besonders Klenze, Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. Fiskal. Forderungen, S. 397.), man mag nun in Betreff unserer Frage von dieser oder jener Ansicht ausgehen; l. 21. pr. D. qui pot. aber macht erst Schwierigkeit, wenn man von der herrschenden ausgeht. Der entgegengesetzten Ansicht fehlt es nicht an ausdrücklichen Zeugnissen; wenigstens wissen wir l. 7. C. qui pot. 8, 18. und Nov. 97. c. 3. nicht anders zu deuten als Schmidt [*l. 7: Licet iisdem pignoribus*

multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.]; unterstützt wird sie durch l. 14. D. qui pot. und practische Brauchbarkeit [wo nicht durch die Praxis; vgl. Trotsche, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XVIII. S. 117. Anm. 1: *Fratr. Becm. cons. P. I. Dec. 41:* „— da man bisher den Concursacten zum Behuf eines Prioritätsurtheiles ein beglaubtes chronologisches Verzeichniß der sämmtlichen vom *cridario successive* acquirirten beweglichen und unbeweglichen Güter beizulegen sich noch nicht hat einfallen lassen"]; Azo verdunkelt die Glosse (zu l. 7. §. 1. D. qui pot.), dem Ant. Faber steht Donellus gegenüber (vgl. Glück XVIII. §. 1078. Anm. 44. 46.), und neuerdings hat sich Arndts §. 384. Anm. 6. (wie Mühlenbruch, Wening, Fritz) der „richtigen" Ansicht widersetzt. Wohin wir uns entscheiden, braucht hiernach nicht mehr gesagt zu werden; nur dem noch vor dem Erwerbe vom Eigenthümer bestellten Pfandrechte wollen auch wir seinen Vorrang gewahrt wissen (vgl. Arndts a. a. O.).

Die spezielle Verpfändung einer fremden Sache bewirkt selbst dann, wenn Verpfänder nachher Eigenthum erlangt, nicht immer Pfandrecht. So dann nicht, wenn die Paciscenten ohne weiteres über fremdes Gut pactiren (— in speciem alienae rei collata conventio — l. 1. pr. D. pign.). Sie müssen dem fremden Recht die Ehre lassen: Aliena res utiliter potest obligari sub conditione „si res debitoris facta erit" l. 16. §. 7. D. pign. vgl. l. 7. §. 1. D. qui pot.; — oder Verpfänder die Sache zu fordern haben: arg. l. 1. pr. D. pign.; — oder die Zustimmung des Eigenthümers erlangen: l. 20. pr. D. pign. act. l. 7. C. si aliena res pign. (8, 16.); — oder der Eigenthümer muß stillschweigend, in fraudem creditoris, zusehen: l. 2. C. si res aliena pign. — oder Gläubiger in bona fide sein: arg. l. 1. pr. D. pign.: „— qui non ignoravit alienum —"; nur mit dieser eben erwähnten Voraussetzung sind Stellen, wie l. 41. D. pign. act. l. 5. C. si aliena res pign. l. 9. §. 3. D. qui pot. hinzunehmen (vgl. Sint. Handbuch des gem. Pfandr. 1836. S. 87 f.). Wo der Eigenthümer vor oder bei der Verpfändung zustimmt oder arglistig zusieht, steht sofortigem Pfandrecht von hier aus

nichts entgegen (arg. l. 16. §. 1. D. pign.); überall sonst muß der Verpfänder erst Eigenthümer werden. Ueberall aber scheint dann das Pfandrecht vom Tage der Verpfändung an zu datiren; für die mehreren Fälle ist dies bezeugt: arg. l. 3. §. 1. D. qui pot.; l. 16. §. 1. D. pign.; arg. l. 9. §. 1. D. qui pot.; folgerecht müssen wir dasselbe aber auch für die Verpfändung unter der Bedingung: si res mea facta erit gelten lassen; legt man l. 7. §. 1. D. qui pot. mit uns von einer gleichzeitigen Verpfändung aus, so bekommen wir auch für diesen Fall ein eigenes Argument [vgl. Mühlenbruch, P. §. 312. Anm. 11. Gesterding, Lehre vom Pfandrecht, 1831. S. 261.; dagegen Huschke, a. a. O. S. 202 fg. Puchta, P. §. 210. not. g. Sintenis, Pfandr. S. 384 fgg. Vang. §. 372. Anm. 2. *b. c.;* einen Ueberblick der Meinungsverschiedenheiten s. bei Arndts P. §. 384. Anm. 6.]. Dagegen entsprach diese nachträgliche „Convalescenz" den Bedingungen, welche die formula hypothecaria (Keller, r. Civilpr. §. 33. „— cujus in bonis tum fuit —") an ein Pfandrecht stellte, nicht überall; Ratihabition, so wie überhaupt Consens des Eigenthümers wird anstatt des in bonis tum fuisse proponirt gewesen sein; sonst ex postfacto pignus quidem directo non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori l. 5. C. si aliena res pign. l. 41. D. pign. act. (l. 22. D. pign. Huschke a. a. O. S. 235. bb. fg. S. 216. oben). — Wie wenn nicht der Verpfänder dem Eigenthümer, sondern dieser jenem succedirt? Einleuchtend ist hier die Abweisung selbst einer utilis actio: l. 41. D. pign. act. „— neque utique sufficit ad competendam utilem actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet; sed si convenisset de pignore, ut ex mendacio suo arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur (Paul.) [vgl. *l. 5. C. cit. in fin.* „— *aequitatem facere, ut . . utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur*"]. Allein alle Versuche, die widerstrebende l. 22. D. pign. Mod. mit l. 41. cit. zu vereinigen, sind erfolglos geblieben (vgl. Vang. §. 372. Anm. 2. d.); und da wir, wenn l. 41. cit. nicht auf uns gekommen wäre, sicher im Sinn des Modestinus und von l. 1. §. 1. D. exc. rei vend. (21, 3.) und l. 73. D. evict. (21, 2.) entscheiden würden, dürfte von der überdies fugitiven l. 41. cit. Umgang zu nehmen sein [vgl. Windscheid, Zeitschr. f. Ci-

vilr. u. Proz. N. F. III. S. 339 fg. Trotsche, ebendas. XVIII. Nr. 3. §. 4. S. 93. Vang. a. a. O.; s. dag. vorz. Huschke, a. a. O. S. 243 fg.].

Sofortiges Pfandrecht kann der Publicianische Inhaber geben: freilich nur mit der Schranke seines eigenen Rechts. l. 18. D. pign. l. 14. D. qui pot. l. 52. D. a. r. d. (41, 1.).

Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest l. 45. D. r. j. vgl. l. 33. §. 5. D. usurp. 41, 3. l. 29. D. pign. act. Wenn die römischen Juristen nichtsdestoweniger den Eigenthümer unter Umständen bald mit der Defension, bald sogar mit der in rem actio eines Pfandgläubigers ausstatteten, so wollten sie damit nicht sagen, daß man ausnahmsweise Pfandrecht an eigener Sache haben könne [*l. 30. §. 1. D. exc. r. jud. 44, 2: — nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore; actio tamen pignoratitia competit* — Sintenis, pfandr. Streitfragen I. H. Nr. II. S. 78 fg.]. Wenn 1) ein nachgehender Gläubiger, oder der Bürge das Pfand von einem vorgehenden Gläubiger kaufte, so schien ihnen nicht so sehr das Eigenthum, als die Sicherheit des weggekauften Gläubigers gewollt; diese ward denn auch gewährt, durch Exceptio oder Replik; zur deutlichen Probe aber, daß es mit dieser Auffassung Ernst war, mußte sich ein solcher Käufer dann auch das jus offerendi des nachstehenden Gläubigers gefallen lassen (l. 6. l. 2. l. 5. §. 1. D. distr. pign. 20, 5.). 2) Andere wollen das Eigenthum, verdienen aber, daß man den ihnen wider die nachstehenden Gläubiger nothwendigen Schutz — Exceptio oder Replik — gewähre: diejenigen, welche vom Pfandschuldner gekauft haben: wenn und soweit mit ihrem Kaufschilling vorgehende Gläubiger bezahlt sind: l. 3. C. de his qui in prior. cred. (8, 19.) l. 17. D. qui pot.; aber auch ihnen „recte offertur" l. 3. §. 1. D. distr. pign. Dasselbe gilt, wenn der potior creditor selbst vom Pfandschuldner das Pfand kauft oder an Zahlung Statt annimmt l. 1. C. si antiq. cred. (8, 20.). 3) Endlich kann es kommen, daß ein Pfandgläubiger das Pfand erwirbt, ohne daß darin eine Befriedigung seiner Pfandforderung liegt. Die Bedingungen der pigneratitia in rem actio dauern hier fort [*l. 30. §. 1. cit. — actio tamen pigneratitia competit:*

verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse — *l. 59. pr. ad SC. Trebell. 36, 1:* — *et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam* —]; sie dauern fort, nicht als ob das Pfandrecht des Gläubigers fortdauerte, sondern weil sich die Voraussetzungen, worauf die Klage, und diejenigen, worauf das Recht gebaut ist, hier zufällig nicht ganz decken. Darin findet der Jurist ein Mittel womit, nicht den Grund warum er hilft; er würde, wenn die Klage nicht schon so paßte, utilem actionem fordern (vgl. Keller a. a. O. S. 995; oben S. 165.).

§. 80.

Das Pfandrecht.

Insoferne zumeist Sachen verpfändet werden, behandeln wir das Pfandrecht unter den jura in re; denn das Sachen-Pfandrecht ist ein jus in re. Als solches finden wir es auch schon in classischer Zeit (l. 30. D. nox. act. 9, 4. l. 19. pr. D. damn. inf. 39, 2.); nur daß damals — und später noch — das Sachen-Pfandrecht auch Eigenthum, quiritisches nämlich (fiducia), sein konnte. Der Gegensatz aber: eines Pfandrechtes, das jus in re, auf der einen — und eines Pfandrechtes, das (quir.) Eigenthum, auf der andern Seite, scheint keineswegs ursprünglich; man merkt ihm auch leicht eine gewisse Verschiebung an. In der Fiducia ist Pfandrecht und Pfand Eins: Eigenthum ist verpfändet und Eigenthum hat der Gläubiger; dort aber hat der Gläubiger jus in re, ohne daß jus in re verpfändet wäre. Setzen wir dagegen statt des jus in re Possessio, so stellt sich das Gleichgewicht her; possessio ist verpfändet, und possessor (oder Anwärter der possessio) ist der Gläubiger. Niemand zweifelt, daß das Sachenpfandrecht nicht vor der Serviana jus in re, und daß die Serviana nicht vor Aufstellung der prätorischen Edicte ist; bevor der Gläubiger aus der formlosen Verpfändung von res nec mancipi oder mancipi ein jus in re bekam, konnte er nicht mehr oder weniger als possessio, sofort oder in Aussicht, bekommen; possessio ward ihm entweder blos ausgesetzt (pignus oppositum, suppositum — hypotheca), oder ihm übergeben (pignus depositum) [Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XIII. S. 182 fgg. Bachofen, röm. Pfandr. I. S. 1. Keller, Rec. v. Bachofen in Richter's u. Schneider's Jahrb. 1847, S. 963.

Puchta, Curs. Inst. II. §. 246. a. E. §. 248.]. In der pignoris depositio haben wir den vollen Abglanz der fiducia; jeder Depositar ist ein Fiduciar, und die fiducia des creditor ist nicht minder eine Deposition, als die des amicus (Gaj. II. 59. 60.); hier ist (quir.) Eigenthum, dort possessio fiduciirt — [worauf auch der bei Rud. a. a. O. S. 188. Anm. 14. citirte Ausdruck *„pignus fiduciatum"* aus Tertullian gehen könnte vgl. S. 65. unten]. — Der Gegensatz von Besitz und Eigenthum scheint befriedigend; näher betrachtet ist es auch er nicht. Da das Eigenthum quiritarisches ist, wo bleibt das in der Mitte liegende natürliche und s. g. bonitarische Eigenthum? Wollte es nicht verpfändet werden? das wäre unerklärliche Laune; — konnte es nicht verpfändet werden, so nämlich, daß der Gläubiger natürlicher (bonit.) Eigenthümer wurde? wir sehen nicht ein, warum nicht; warum sollte man nicht credendi causa sein Eigenthum hingeben können? So drängt es uns zu der Vermuthung eines Gegensatzes, der älter ist, nicht als possessio und res (quir. Eig.), aber älter, als was wir unter dem Gegensatze von Pfand-„Besitz" und Fiducia denken; wahrscheinlich ist der Verpfändung des quiritarischen anfänglich die Verpfändung des natürlichen Eigenthums gegenübergestanden.

Noch in den Pandekten kommt possessio als Eigenthum vor [*l. 24. pr. D. pign. act. 13, 7. l. 7. pr. in fin.* vergl. mit *l. 14.* §. 16. §. 20. §. 33. *D. damn. inf. 39, 2. l. 78. D. v. s. Briss. verb. Signif. „possessio"* §. 7.], und in ihnen die Erinnerung, daß das Eigenthum in der possessio seinen Ursprung hat (l. 1. §. 1. D. a. v. a. p. 41, 2; vergl. S. 57. unten und S. 58). Vor Einführung der Publiciana scheint uns natürliches Eigenthum (z. B. an den vom Eigenthümer des Bodens gewonnenen Früchten) nicht vindicirbar, und vor der Vindicirbarkeit zwar innerlich, als ejus esse, kaum aber äußerlich von bloßer possessio verschieden gewesen zu sein. Vor seiner Vindicirbarkeit gab es, juristisch gesprochen, nur Ein Eigenthum, das vindicirbare quiritische (Gaj. II. 40); das natürlich erworbene war noch in der possessio, wie seiner Wirkung, so seinem Namen nach, verschlossen. Wer da possessio verpfändete, indem er sie dem Gläubiger tradirte, machte diesen in demselben Grade zum Eigenthümer, als er es selber war; denn noch war natür-

liches Eigenthum von possessio ungetrennt und untrennbar; erst in der Vindicirbarkeit liegt diese letzte und höchste Eigenschaft des Eigenthums; nur zögernd scheint sie dem nichtquiritarischen Eigenthume zugestanden worden zu sein. Wer aber hypothecarisch verpfändete, — angenommen, daß diese Verpfändungsweise vor dem Interd. Salvianum nicht nur vorkam, sondern auch rechtliche Folge hatte [vergl. Rudorff, a. a. O. S. 192. Huschke, das Nexum S. 204. Bachofen, a. a. O. S. 5. Nr. 5. dagegen Keller, a. a. O. S. 977.], — machte zunächst den Gläubiger weder zum Besitzer, noch zum (quir.) Eigenthümer; das eine wollte, das andere konnte er nicht; es ist lediglich ein Pfändungsrecht, was er constituirte, und dessen Vollzug den Gläubiger nun nachträglich zum possessor machte. Als solcher war er wie der Faustpfandgläubiger nothwendig auch Eigenthümer: ob mit denselben Clauseln wie dieser, oder vielleicht schlechthin, können wir nicht entscheiden; aber Cicero bringt leicht auf den Gedanken, daß mit der Pfändung das Pfand verfiel [*Epist. ad fam. XIII. 56. Philotas .. ὑποθήκας Cluvio dedit. Hae commissae sunt. Cures velim, ut aut de hypothecis decedat, easque (ve) procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat.*]; und auch die Worte des latinischen Bündnisses [*Festus „nancitor" .,— si quid pignoris nanciscitur (nancitor) sibi habeto*"], würden, wenn sie auf Hypothek gehen, ein „Behalten" vermuthen lassen [— vergl. die Worte der *lex commissoria* bei *Cato r. r. c. 146.*].

Obiger Hypothese wird man so viel einräumen, daß sie den ältesten Begriff des Sachenpfandes vereinfacht. Weder als pignus, noch als fiducia ist dasselbe eigenes Recht, sondern da und dort blos ein durch Obligationen modificirtes natürliches oder quiritarisches Eigenthum. Während nun aber bei der Fiducia das Pfandrecht fort und fort Eigenthum blieb, trat es beim pignus depositum nachmals in Gegensatz zum Eigenthum; wir können nicht sagen wie bald, nur nicht vor der Vindicirbarkeit des natürlichen Eigenthums. Von dieser an ward das ejus esse von der possessio begrifflich getrennt, und in Wirklichkeit trennbar; von jetzt an konnte die possessio des Faustpfandgläubigers, wie die nachträglich errungene des hypothekarischen Gläubigers ohne Eigenthum gedacht, gegeben, ergriffen sein, wenn sie gleich

nicht mußte; in unseren Quellen ist sie überall bereits possessio ohne Eigenthum. — Hiernach gewinnt es den Anschein, als sei dieser Theil des Pfandrechts (pign. dep. und opp.) hinter der Entwicklung des Eigenthums zurück geblieben — gebunden gewißermaßen an die Materie der possessio, während das Eigenthum sich von ihr losmachte. Indessen war einerseits das (natürliche wie quiritarische) Eigenthum des Faustpfandgläubigers (wie Fiduciars) doch immer nur anvertrautes, mithin fremdes Gut (S. 65), und des hypothekarischen Gläubigers Recht auf erster Stufe weder Eigenthum noch Besitz, mehr forderungs- als eigenthumsartig gewesen; anderseits sollte das neuere Pfandrecht ja nicht auf bloßer possessio bewenden. Jus in re und Verkaufrecht treten oder bleiben mit ihr in Verbindung. Warum aber hier ein jus in re anstatt des Eigenthums? Ehe wir die Antwort versuchen, muß auf den Ursprung und die Entwicklung dieses jus in re zurückgegangen werden.

Es entspringt dasselbe aber ohne Zweifel in der Hypothek. Als ein sicheres Ergebniß neuerer Forschungen darf angenommen werden, daß die Hypothek ursprünglich und wesentlich dem Gläubiger das Recht gibt, die zu Pfand verstellten Sachen zu pfänden, d. h. weg- und in Besitz zu nehmen; und daß er hierin durch die Macht des Magistrates, in Gestalt eines prohibitorischen interdictum adipiscendae possessionis unterstützt wurde [Rudorff, a. a. O. S. 202, 209 fgg. Bachofen, a. a. O. S. 13. fgg. Keller, a. a. O. S. 966. S. 979.]. Unter den vielen Unsicherheiten aber, von denen diese Pfändung sonst umgeben ist, steht oben an die Frage, ob und wie weit sie auch gegen dritte Besitzer der Sache zusteht? Während man in l. 1. C. precar. et Salv. int. (8, 9.) Gordian. nur mit Noth etwas anderes findet, als den Grundsatz, daß dieselbe gegen dritte nicht zusteht [s. dag. Rud. a. a. O. S. 223. Huschke, Stud. I. S. 358, 382], und während uns auch Theophilus zu §. 3. J. interd. 4, 15. und Julian in l. 1. §. 1. D. Salv. int. (43, 33) das Gegentheil nicht zu bezeugen scheinen [da der τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα κατέχων nur ein Dententor — vergl. die S. 63. unten agf. Stellen — und nur im Besitze für den Pächter ist; derlei Afterpächter, Oberknechte ꝛc. aber auch die *extranei* des Julian sein können, vgl. Bachofen a. a. O. S. 14.

Anm. 12.], so liefert l. 1. pr. eod. den unzerstörlichen Beweis, daß das Interdict auch gegen den Käufer der verpfändeten Sache gehen kann [*Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem natum est, ejus adprehendendi gratia utile Interdictum competit.*]. Hiernach ist denn eine Mittelmeinung entstanden: daß die Grundsätze gewechselt hätten; ursprünglich sei die Pfändung auch gegen Dritte gegangen, später aber (unter dem Einfluß der Serviana) auf den Verpfänder beschränkt worden [Thibaut, Archiv f. civ. Prax. *XI.* „Das Interd. Salv." S. 142. Keller, a. a. O. S. 980. Vang. §. 390. Anm. 3.]. Einen Wechsel in den „Grundsätzen" nehmen wir ungern an. Uns dünkt nur soviel sicher, daß das Salvianum auch gegen Dritte platzgreifen konnte [womit aber keineswegs behauptet werden will, daß dasselbe sich auf mehr, als den hypothekarischen Vertrag, etwa auch darauf, daß die Sache damals dem Verpfänder gehört, stützen mußte; hatte der Besitzer die Sache durch den Verpfänder, so ging ihm der Gläubiger um des bloßen Factum willen, daß ihm verpfändet worden, vor; hatte derselbe sein Recht von anderwärts, so wich er durch exceptio aus (vergl. Keller, a. a. O. S. 978).] Unmöglich ging es aber gegen Dritte schlechthin: etwa auch gegen denjenigen, der sein Recht nicht von dem Verpfänder ableitete; auch halten wir noch nicht für ausgemacht, daß das Interdict selbst gegen denjenigen Dritten, der sein Recht auf den Besitz durch den Verpfänder und nach der Verpfändung hatte, schlechthin ging. Aus l. 1. pr. cit. erfahren wir nur, daß das J. auch gegen den Käufer, bald direct, bald utiliter gehen konnte, nicht aber die Voraussetzungen; vielleicht daß die Veräußerung unter den Begriff der Deportation (vgl. Cato r. r. cap. 146) fallen, vielleicht daß der Käufer in mala fide sein mußte. Neben solchen Einschränkungen ließe sich der allgemeine Ausspruch in l. 1. C. cit. („non interd. Salviano; id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit) eher verstehen. Endlich aber müssen wir noch zwischen der Pfändung und dem Interdicte unterscheiden. Erstere scheint der Gläubiger wenigstens ursprünglich selbst mit Gewalt vollführen zu dürfen (Paul. R. S. V. 26, 4. Cassiodor. Var. 4, 10. l. 55. D. furt. 47, 2), und nur wofern er diese scheut,

oder nicht durchsetzt, greift er zum Interdict — das ihm vielleicht nicht von jeher zur Seite stund; selbst l. 3. C. pign. (8, 14.) sieht in der Selbsthilfe des Gläubigers keine vis, wenn er hier gleich auf die Auctoritas des Magistrats, das Interdict, (Rud. S. 204) verwiesen wird [*Qui non reddita sibi pecunia conventionis legem exercent, vim quidem facere non videntur; attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent*]. Wenn nun die Ausübung des Interdictes gegen Dritte weniger Anstößiges hat, so sehen wir doch nicht ein, wie der Verpfänder Gewalt wider Andere, als sich und die Seinigen einräumen konnte. — Wie weit aber immer Pfändung und Interdict wider Dritte gegangen sein mögen, so war doch darum das hypothekarische Pfandrecht noch kein dingliches Recht. Bevor es Vindicationsrecht wurde, ward es kein dingliches Recht. Von einem Vindicationsrecht unterscheidet sich Pfändung und Interdict, selbst wenn sie schlechthin gegen dritte gingen, nicht etwa blos äußerlich, in der Gestalt des Prozesses, sondern an Kraft und Umfang. Wir haben allen Grund zu glauben, daß, wenn das Pfand mit oder ohne Interdict erlangt war, bei nachherigem Besitzverluste nicht abermals gepfändet und interdicirt werden konnte (vgl. Huschke, Stud. I. S. 373. Rud. a. a. O. S. 225); es liegt im Begriffe der Pfändung, daß nur einmal gepfändet werde; und im Begriffe eines interd. adipiscendae possessionis, daß es nach einmal erlangtem Besitzverlust nicht abermals zusteht (l. 2. §. 3. D. interd. 43, 1). Als bloßes Pfändungsrecht hat das Pfandrecht also vielmehr die Natur einer Forderung, welche mit der gerichtlichen oder außergerichtlichen Durchsetzung des Anspruches erlischt; erst als ein nicht nur gegen jeden Dritten, sondern bei jedem Besitzverluste geltendes Vindicationsrecht ist das Pfandrecht ein dingliches Recht. So lange das natürliche Eigenthum selbst nicht vindicirbar war, konnte das hypothekarische Pfand unmöglich vindicirbar werden; nachdem aber für ersteres Publiciana in rem actio aufgestellt worden, ward die Möglichkeit eines ähnlichen Vindicationsrechtes auch für den Pfandgläubiger begründet. Eben so sicher nun aber, wie daß eine pignoris vindicatio aufkam, wissen wir, daß diese Vindication keine rei vindicatio war [*l. 16. § 5. D. pign. Creditor hypothecam sibi .. adjudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur, nam dominium ejus*

vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest . . .]; und auch dafür haben wir keine Belege, daß diese Vindicatio jemals, und in ihrer ursprünglichsten Gestalt, als Serviana, auch nur fingirter Weise, durch Voraussetzung einer Usucapion, als Eigenthumsklage (Publiciana) gefaßt worden sei (s. Keller gegen Bachofen, a. a. O. S. 976). So fragt es sich: warum keine Eigenthumsklage, sondern eine eigene actio in rem? und klar ist, daß diese Frage in inniger Beziehung steht zu unserer anfänglichen und Haupt-Frage: warum jus in re, nicht Eigenthum? Bleiben wir aber noch immer bei der Hypothek, in der die dingliche Pfandklage entspringt, stehen, so muß das erste Stadium der Hypothek, vor erlangtem Besitz, vom zweiten, nach erlangtem Besitz, unterschieden werden. Im ersten ist, aus naheliegenden Gründen, eine Eigenthumsklage, publicianische wie quiritarische, ebenso unmöglich als Eigenthum, natürliches wie quiritarisches. Vom anderen können wir dasselbe nicht behaupten. Allein sollten zweierlei hypothekarische Klagen aufgestellt werden? und ward die für das erste Stadium nothwendige Klage, die sich (in ihrem positiven Theil) lediglich auf die aus factum und jus gemischte (Rud. a. a. O. S. 236) Thatsache einer berechtigten Verpfändung stützte, dem Gläubiger nicht selbst vortheilhafter als eine Eigenthumsklage? Mit letzterer wäre Gläubiger der Usucapion des dritten Besitzers unterlegen; mit jener für ihn eigens eingerichteten in rem actio war er über alle Usucapion erhaben. Es ist nun zwar möglich, daß in der Zeit, da man die Serviana abfaßte, weder der Faustpfand- noch der hypothekarische Gläubiger mehr in irgend einem Stadium der Verpfändung als Eigenthümer gedacht wurde; wir werden sehen, wie auch vom Pfandverkauf aus die „societas" zwischen Pfandrecht und Eigenthum aufgehoben, „quaestio pignoris ab itentione dominii" getrennt werden konnte; lieber glauben wir, daß der Gedanke daran über der Aufstellung und Durchführung der Serviana erwachte, und sich im Kampfe mit der Usucapion befestigte (l. 44. §. 5. D. usurp. l. 12. pro emt. l. 2. pr. D. pro her. l. 1. §. 2. D. pign.). Mit der neuen in rem actio ging aber auch der Begriff dieses neuen jus in re auf das Faustpfand über. — — —

Nächst dem Vindicationsrecht ist es die Verkaufsmacht („vendendi pignoris potestas" l. 4. D. distr. pign. 20, 5), welche wir

als einen juristisch (nicht natürlich) nothwendigen Bestandtheil des neuesten Sachenpfandrechtes kennen (l. 4. D. pign. act. Ulp. l. 1. C. debitorem venditionem pignorum impedire non posse 8, 29. vergl. §. 5. Paul. R. S. II, 13). Fassen wir diesmal zunächst das Faustpfand, und zwar vorerst als Eigenthum des Gläubigers, ins Auge, so findet sich von selbst, daß der Gläubiger an und für sich zwar verkaufen (veräußern) konnte, aber nicht durfte. Als Eigenthümer konnte er; als Depositar dagegen war er Dieb, wenn er ohne Wissen und Willen des Deponenten verkaufte (l. 73. D. furt. 47, 2): so daß ein pactum de vendendo — sowohl hier, wie bei der Fiducia — nicht die Möglichkeit, sondern die Befugniß zur Veräußerung gewähren mußte; wobei sich von selbst versteht, daß diese Befugniß nicht unbedingt gegeben werden mochte [*l. 14. §. 5. D. div. temp. praescr. 44, 3: — si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere — l. 4. C. pign. act. 4, 24: Pactum . . . ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret — l. 8. §. 3. D. pign. act.*]. Nach Trennung der pignoris und dominii causa hatte sich auch alienandi potestas vom Pfandrechte getrennt, und das pactum de vedendo sollte, woferne der Gläubiger sich nicht mit bloßem Retentions- und Vindicationsrecht begnügte, von nun an zweierlei bewirken: nicht nur die Befugniß, sondern auch die Macht der Veräußerung. Gajus ist übrigens in der Begründung der Pfandveräußerungsmacht nicht so ganz sicher: II. §. 62. Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit — — §. 64. — item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit. Sed hoc f o r s i t a n i d e o v i d e a t u r fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur; der Begriff dieser unwiderruflichen Verkaufsvollmacht scheint demnach älter zu sein, als seine theoretische Begründung: was namentlich dann sich leicht verstünde, wenn man ihn von der älteren Zeit her hatte, in der der Faustpfandgläubiger als dominus gedacht wurde. — Das pactum de vendendo ist „vulgare" (l. 4. C. cit. a. 222); wird in Ulpians Zeiten stillschweigend vorausgesetzt

(l. 4. D. pign. act. cit.), so daß sich auch das Vorkommen eines pactum „ne liceat distrahere," [*l. 4. l. 5. D. eod. l. 3. D. quae res pign. 20, 3. Paul. R. S. II. 13. §. 5.* vergl. Bachofen, a. a. O. *VII.* 19. S. 186.], erklärt — das aber damals den Verkauf nur mehr aufzuschieben vermochte (l. 4. cit.), ja je nach dem, was man aus l. 7. D. distr. pign. Marcian. heraus, oder hineinliest, sogar als contra jus gerichtet erschien [*Quaeritur, si pactum sit a creditore* (Puchta: *debitore*) *ne liceat debitori* (P.: *creditori*) *hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem* (*Accurs. ex cod. ms.: pactionem*), *ut pactioni* (*Acc. ex cod. ms.: venditioni*) *stetur.*]; die bemerkten Varianten und Conjecturen laßen nur ein kleineres Bedenken übrig: daß die pactio ne liceat creditori vendere nulla sei; die sprachlichen und sachlichen Gründe dagegen, welche wider den hergebrachten Text sprechen (Puchta, Zeitschr. f. gesch. R. W. XII. nr. 6. Pand. Vorl. Beil. XIV.; nun auch Bachofen, ausgew. Lehren S. 177; vergl. Schmid, Hdb. I. S. 41. not. 22) häufen sich dergestalt, und sind so eindringlich, daß für den letzteren keine Rettung mehr ist (s. dag. Vang. §. 299. S. 632. Sintenis, gem. pr. Civilr. §. 38. Not. 16). — Was die Hypothek anlangt, so wissen die ältesten, uns überlieferten, Formulare einer derartigen Verpfändung nichts von einem pactum de vendendo oder non vendendo [*Cato r. r. cap. 146—150.* z. B. *cap. 146: Dies argento ex K. Nov. mensium X. oleae legendae, faciundae, quaeque locata est, et si emtor locarit, idibus solvito. Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui jusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. Donicum solutum erit, aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt, pigneri sunto. Nequid eorum deportato. Si quid deportaverit, domini esto* —] — was leicht erklärlich wäre, wenn, wie wir oben (S. 305.) meinten, der hyp. Gläubiger durch die Pfändung nicht erst Depositar (Faustpfandgläubiger), sondern unbeschränkter Herr der Sache wurde; Befugniß und Macht zur Veräußerung des erlangten Pfandes gingen dann in seinem volleren Rechte auf, ein vendere posse, licere konnte man vernünftigerweise nicht auch noch ausdrücklich bedingen wollen. Um so näher dagegen wäre bei solcher

Sachlage ein pactum auf vendere debere, gelegen gewesen („ut distrahatur"), womit der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend zur Rückgabe des Mehrwerthes verpflichtet worden wäre — eine Reaction gegen die Verwirkung des hypothekarischen Pfandes, vielleicht unter dem Einfluße des in dem Fiducia- und Faustpfandverkaufe gelegenen guten Beispiels. Hätten wir uns um Belege für oder wider nicht weiter zu kümmern, so wollten wir fortfahren: Aus einzelnen pactis ut distrahatur erwuchs das jus commune, daß der hyp. Gläubiger die verpfändeten Sachen nicht behalten dürfe, sondern verkaufen ꝛc. müße; das jus commune der Hypothek-Verwirkung wich dem jus commune der Verkaufspflicht; die Hypothekbestellung — ursprünglich bloße Concession — ward zum Contract, die Pfändung eine Beitreibung der Sache zum Verkauf. Diese Abschwächung des Pfändungsrechtes trug dann das Ihrige bei zu jener Trennung der pignoris u. dominii causa. Aber auch nachdem diese vollzogen war, blieb es bei unserer Verkaufspflicht: vor allem deswegen, weil kein Grund war von ihr abzugehen; schloß sie doch das Verkaufsrecht in sich, und trug sie den Interessen des Schuldners (vergl. l. 6. pr. D. pign. act.) gebührende Rechnung. Wie man einst das pactum ut distrahatur der Verwirkung der Hypothek entgegengesetzt hatte, mochten jetzt leges commissoriae, entgegen der gemeinen Verkaufspflicht, auf den alten Stand der Dinge zurücktrachten: bis auch ihnen ein Ziel gesetzt ward. So möchte man vermuthen und wer an unser heutiges Hypothekenrecht denkt, könnte dieser Vermuthung geneigt werden. Niemanden fällt es ein, daß der Hypothekgläubiger, z. B. des bayrischen Rechtes nach eingetretener Fälligkeit der Schuld sich in den Besitz der Hypothek setzen, und darin gleich einem Faustpfandgläubiger sitzen bleiben dürfe, zum Verkaufen berechtiget aber nicht verpflichtet (vergl. l. 6. pr. cit.). Allein es fragt sich, wie das römische Recht sich zu unserer Vermuthung verhalte, und das scheint uns zweifelhaft. Für dieselbe wissen wir folgendes anzuführen: l. 1. C. de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda (8, 35). Alex. a. 222: qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod jure suo

creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet. Die Commentatoren (vergl. Brunnemann comm. in Cod. Just. ad h. l. Perez, Prael. in Cod. Just. II. ad h. l.) finden hier den Bescheid, daß das vorgelegte pactum keinen Verkauf (des Pfandes durch den Verpfänder an die Gläubiger) enthalte (hypothecae venditionem non contraxit); schon die Glosse (ad h. l. voc. „contraxit") meint so. So groß die Verlockung ist, unter dem „venditionem contrahere" ein pactum de vendendo zu denken, dem dann das jus commune weiter unten gegenüberstünde, müssen wir dennoch obiger Auslegung beipflichten. Das vorliegende pactum, sagt der Kaiser, enthalte keinen (commissorischen) Verkauf, sondern nicht mehr und nicht minder, als was dem Gläubiger auch außerdem zustünde (auch ohne ein pactum nämlich könnte er den Schuldner zum „Weichen" bringen). Also bleibe es beim gemeinen Recht: der Gläubiger müsse? — dürfe? — verkaufen. Aus dem Worte „debet" wollen wir nichts folgern; allein wozu die Folgerung: comm. itaque jure v. d.? Wir vermögen sie nur zu erklären aus einer Folgerung, die der Kaiser machen würde, wenn das pactum wirklich einen Verkauf enthielte; wenn nämlich verkauft wäre, dürfte der Gläubiger die Sache für sich behalten; jetzt da nicht verkauft ist — darf, oder muß er verkaufen? Er muß. Diese Stelle spräche demnach für uns: zwar nicht für unsere ganze Entwicklung, aber für ihr Ergebniß. Sie käme in die Zeit zu liegen, wo die gemeine Verwirkung des Pfandes durch die gemeine Verkaufspflicht ausgeschlossen ist, aber noch durch leges commissoriae hervorgerufen werden kann; denn gerade das war in obigem Falle zweifelhaft, ob das pactum nicht ein Verkauf des Pfandes um die Schuld sei, was einer lex comm. mehr als ähnlich ist (vergl. die Glosse ad vocc. „cred." und „contr."); und ein solcher Verkauf ist als erlaubt gedacht. Eine weitere Unterstützung finden wir aber nicht. Dagegen spricht einiges gegen uns. So bezeichnet l. 4. C. pign. act. (4, 24.) Alex. 222. das pactum „ut ... vendere liceret" als ein pactum vulgare, und bezieht es ausdrücklich sowohl auf Hypothek als Faustpfand; und auch anderwärts werden pacta dieses Inhalts mit sicherer Beziehung auf Hypotheken vorkommen — z. B. l. 3. D. quae res pign. (20, 3). Ferner

möchte zwar l. 6. pr. D. pign. act. — invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est — noch von einem Fpfdgl. verstanden werden können; nicht mehr aber l. 15. §. 5. D. re jud. (42, 1). Endlich scheint denn auch bei hyp. Verpfändung das pactum ne distrahatur vorzukommen (l. 3. D. quae res pign.). All das möchte nun zu der entgegengesetzten Annahme bewegen, daß das röm. Recht den in den Besitz gelangten hyp. Gläubiger wenigstens zur Zeit unserer Quellen gleich einem Faustpfandgl. gedacht und behandelt habe. Gewiß ist so viel, daß auch das hypothekarische Pfandrecht ein Verkaufsrecht, und gewiß ebenso wesentlich und nothwendig als das Faustpfandrecht ist; ja daß die Pfändung — während ursprünglich vielleicht alles Pfandrecht in ihr aufging — nunmehr in ein untergeordnetes, dienstbares Verhältniß zum Verkaufsrecht getreten ist. —

Nach Bachofen (a. a. O. V. S. 139 fg.) sollten wir nun von einem gewissen im Pfandrecht enthaltenen Nutzungsrechte reden; allein gleich Anderen (Keller, a. a. O. S. 998. Arndts P. §. 381. Anm. 2.), müssen auch wir uns demselben widersetzen und unter den Pflichten des Gläubigers darauf zurückkommen. — Eine wahre Macht des Pfandgläubigers ist die Afterverpfändung; von ihr wollen wir beim Afterpfandrecht (§. 83.) handeln. Das jus dominii impetrandi aber hängt von besonderer Voraussetzung ab, so daß wir bei dieser, unter der executio pignoris, seiner gedenken werden. Dagegen dürfen wir die Rechte des Pfandgläubigers nicht ohne seine Pflichten behandeln.

§. 81. Fortsetzung.

Wie das Eigenthum des Darlehenempfängers, wie der Besitz des Commodatars und Depositars, so führt auch das Recht des Pfandgläubigers Verpflichtungen mit sich: vorausgesetzt, daß auch dieses bereits ein Haben, nicht erst ein Bekommen ist. Das Recht des Faustpfandgläubigers ist ein Haben (des Pfandes) (res, causa subest), der hyp. Gläubiger scheint, zunächst wenigstens, erst bekommen zu sollen; die Einräumung eines Faustpfandes ist ein (Real=) Contract, die der Hypothek scheint als ein bloßes pactum conventum, bei den Römern wenigstens, keiner sein zu können. So müßte es denn bei der Hypothekbe-

stellung auch an einer Grundlage gefehlt haben, worauf bindende pacta oder leges, z. B. das von uns vermuthete vendere debere, errichtet werden konnten. Indessen lesen wir, daß die Sache zur Hypothek nicht nur „obligirt" („hypothecae obligatur"), sondern auch „gegeben" wird [*„hypothecae datur"* — z. B. *l. 15. D. pign. Gaj. l. 16. pr. §. 1. §. 2. §. ult. eod. Marcian.*], wie daß der Gläubiger eine Hypothek „bekommt" [*l. 1. pr. D. qui potiores 20, 4. Papin. „pignus sive hypothecam accepit"* vgl. *l. 2. D. pign. Papin. „pignora vel hypothecas suscipere"*]; häufig ist auch das „pignori accipere" auf eine Hypothek zu beziehen (z. B. l. 34. §. 2. D. pign.). Wird darnach die Hypothekbestellung als eine datio gedacht, so möchte sie auch ein Contract sein können; ja sie ist es wirklich: die Hypothek wird „contrahirt" [*Rubr. D. 20, 1. 20, 2. l. 4. D. pign. l. 1. pr. D. pign. act. Ulp. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*], so daß denn pignoratitiae (in personam) actiones, sowohl contrariae [*l. 1. pr. §. 2. l. 16. §. 1. eod.*], als directae [*l. 7. C. pign. act. 4, 24. a. 241.*] auch aus der Hypothekbestellung entspringen; directae actiones natürlich niemals so, daß sie sofort natae sein könnten: außer der Voraussetzung, welche bei dem Faustpfand hinzukommen muß, ut nascatur pignoratitia actio (l. 9. §. 2. D. pign. act.), muß hier vor allem der Besitz erlangt sein (vgl. l. 7. C. cit. Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 71. Anm. 16.); unrichtig aber scheint uns die Annahme, daß nur „utilis pign. actio" platzgreife (Puchta §. 320 b. Arndts §. 288. i.); denn in l. 34. D. damn. inf. (39, 2.) ist von keiner utilis, in l. 27. D. pign. von keiner pignoratitia, in l. 5. §. 21. D. ut in poss. legat. (36, 4.) zwar von einer utilis pignorat. actio, aber weder von Hypothek, noch Faustpfand die Rede. Uns ist allerdings nicht unwahrscheinlich, daß so lange die hypothekarische Convention noch keine pignoris vindicatio, also kein jus in re gab, auch die Vorstellung von einer hypothecae datio, und damit die Grundlage des hypothekarischen Contractes gefehlt haben mochte. — Die einzelnen Obligationen aus dem Pfandcontracte gehen auf Restitution des Pfandes in Haupt- und Nebensache nach geendigtem Pfandrecht; auf Entschädigungen diesseits und jenseits; ihre nähere Betrachtung folgt

im Obligationenrechte; Eine von ihnen soll uns hier noch beschäftigen. Zu den möglichen Obligationen des Pfandgläubigers gehört nämlich Restitution oder Aufrechnung der aus dem Pfande gewonnenen naturalen und civilen Früchte. Darin steckt allerdings eine Befugniß zur Perception; allein auch in den fructus percipiendi eines m. f. possessor steckt eine Befugniß, ohne daß man ihm ein Recht auf die Früchte zuschreiben könnte. Und auch für den Pfandgläubiger gibt es fructus percipiendi (l. 3. C. pign. act.)! hier und noch sonst oft steht das Recht im Dienste der Pflicht. Wir wissen keine Stelle, in welcher — von Gedingen abgesehen — von einem Rechte des Gl's. auf die Früchte die Rede wäre; wenigstens ist unter den bei Bachofen aufgeführten keine [s. z. B. *l. 1 — l. 3. C. eod. l. 11. C. usur. 4, 32.*]; die Perceptionspflicht aber erklärt sich leicht [*l. 14. l. 25. D. pign. act. „— negligere etc.“*]; der Grund, auf den Bachofen das Perceptions recht baut, hat in den Quellen nirgends (auch nicht in l. 22. §. 2. eod.) einen Halt; auch bliebe es unerklärlich, warum dann der Gläubiger nur zum fructus, nicht auch zum usus (l. 56. pr. D. furti) berechtigt sein soll. Bis zu gewissem Maß der Früchte kann der Fruchtbezug zum Rechte werden: l. 8. D. in quib. caus. 20, 2: quum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere; — allein die Früchte sind hier Zinse; richtiger gefaßt wird der Gläubiger nicht zu Früchten, sondern zu Zinsen (in Gestalt von Früchten) berechtigt. Ohne weiteres müssen wir darum Vangerow §. 384. Anm. 2. beipflichten gegen ältere und neuere Beanstandungen und Verunstaltungen von l. 8. cit. Sonst s. noch l. 16. §. 4. D. pign. und vgl. S. 297.

§. 82. Fortsetzung.

Inmitte der verschiedenartigen Verbindlichkeiten, welche mit dem Pfandrecht in Verbindung treten können, steht es selbst, als „jus pignoris“ (l. 9. pr. D. qui pot. l. 30. §. 1. D. exc. r. jud. 44, 2. in fin.) von jenen wohl unterschieden da; es kann erlöschen, während jene fortdauern, oder jetzt erst eintreten (z. B. l. 24, §. 3.; l. 9. §. 3. D. pign. act.); es können pfandcontractliche Obligationen zu Stande kommen, während das

Pfandrecht ausbleibt (l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. eod.). Nichtsdestoweniger hat das Pfandrecht selbst wieder den Namen einer „Obligation"; wo von der pignoris nobis obligati possessio — ipsa obligatio unterschieden wird (l. 11. §. 6. D. pign. act.), ist unter letzterer sicher das Pfandrecht verstanden; der ganze Zubehör von Kunstausdrücken, von welchem sonst die obligatio umgeben ist — obligationem acquirere, quaerere, contrahere, solvere, dissolvere, exequi; in obligationem deducere, reverti etc. — kehrt hier wieder (Riedel, „Obligatio" in Hugo, civ. Magazin V. 3. S. 114 fg.). Als Inhaber auch dieser obligatio (qui pignoris obligationem habet — l. 3. pr. D. de rebus eorum 27, 9.) ist, wie schon aus jenem Gegensatze der pignoris obligati possessio und ipsa obligatio erhellt, der Gläubiger gedacht, als verhaftet aber nicht der Schuldner oder Verpfänder, sondern das Pfand, die Pfandsache [*„praediorum obligatio"* in der *tab. alim. Trajan.* Zell, Handb. der röm. Epigr. *I. Nr. 1777. — „obligatio generalis rerum" l. 6. D. pign. — „ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae obligatae" l. 4. eod.; — „liberatur pignus" l. 6. pr. D. quibus modis „pignus vel hypotheca solvitur" — „fundus, pignus in obligationem deducitur" l. 30. §. 1. D. exc. r. jud. 44, 2. l. 2. C. mand. 4, 35.*]. Diese Wörter und Wendungen begegnen uns nicht etwa blos als vereinzelte Erscheinungen, sondern als herrschender Sprachgebrauch: während die Bezeichnung des Pfandrechtes als eines jus in re in zwei einzigen Stellen, man kann sagen durch Zufall, auf uns gekommen ist.

Wenn wir nun einerseits mit den Bestrebungen derer, welche die Dinglichkeit des (Sachen-) Pfandrechts zu verdrängen oder zu verkümmern trachten, indem sie dasselbe bald lediglich als eine Forderung (an die Sache — Büchel, civilr. Erört. Nr. 2.), oder als eine dingliche Forderung (gegen den Besitzer der Sache — Sintenis, Pfdr. §. 2. bes. Anm. 1.) darstellen — nichts gemein haben (war uns ja alles Sachen-Pfandrecht anfänglich sogar Eigenthum): so müssen wir anderseits allen denen den Streit verkünden, welche die pignoris obligatio für nichts achten, — können auch den Vorwurf des „Leichtsinns" und der „Spielerei", mit welchem Puchta jede „andere Auffassung" belegt (Vorl. §. 193. a. E.); vorläufig auf uns nehmen.

Die römische Jurisprudenz selber muß sich den Vorwurf der Spielerei gefallen lassen, da sie jenen Sprachgebrauch so reichlich pflegt — umsonst, für nichts, wie unsere Gegner sagen. Aber wir leugnen, daß der Ausdruck obligatio für das Pfandrecht ein „uneigentlicher" sei (Rudorff, zu Puchta's Vorl. §. 193. Anm. 2.); vielmehr wir räumen ein, daß er ein bildlicher sei, behaupten aber dasselbe für die „obligatio" der gemeinen Forderung, und sagen, daß demselben Bilde hier wie dort dieselbe Wahrheit zu Grunde liege. Je nach der Art des Pfandes gibt es verschiedene Pfandrechte (§. 83.), aber eine obligatio sind alle, darin beruht ihre Gemeinschaft und Einheit — nicht in dem Verkaufsrecht (Puchta, a. a. O.), das historisch später, begrifflich nicht nothwendig, und im einzelnen Falle bedingt ist. Pignoris obligatio dagegen ist in allen Fällen unbedingt und zu allen Zeiten da; ohne sie kann ein Pfandrecht nicht gedacht werden.

Denn alles und jedes Pfandrecht hat einen Zweck, um dessen willen es besteht. Darin theilt es die Natur einer obligatio. Weil aber auch z. B. die dos einen solchen Zweck hat, fahren wir weiter. Jedes Pfandrecht hat einen Zweck, um dessen willen es besteht, und durch dessen Erfüllung es aufgehoben wird. Auch darin theilt es die Natur der obligatio; aber auch das noch möchte man auch von der dos sagen; wir müssen noch weiter gehen. Der Zweck, den ein jedes Pfandrecht hat, um dessen willen es besteht, und durch dessen Erfüllung es aufgehoben wird, ist allgemein der, daß Pfandgläubiger etwas bekommen soll. Auch hierin geht das Pfandrecht mit der obligatio; das Pfandrecht allein geht auch hierin mit der obligatio. Wir finden nichts, worin die obligatio von allen anderen Vermögensrechten sich wesentlicher unterscheidet, als daß letztere sämmtlich ein Haben sind, während jene auf ein Bekommen gerichtet ist. Eines jeden Pfandrechtes Zweck aber ist, daß der Gläubiger etwas bekomme: bald etwas, das er auch ohne Pfandrecht, vermittelst einer neben und außer demselben stehenden Forderung verfolgen kann — wofür ihm auch eine Person haftet; mitunter etwas, worauf er nur pignoris persecutio hat — wofür ihm lediglich eine res haftet (S. 293). Soferne wir den Zweck eines Dinges vor den Mitteln, mit denen derselbe erreicht wird, zu denken geneigt

sind, können wir sagen, daß jener Zweck die erste und oberste Bedingung der Existenz des Pfandrechts ist, — daß also das Pfandrecht der ersten und obersten Bedingung seiner Existenz nach obligatio sei. — Erst in ihren Mitteln gehen obligatio und Pfandrecht auseinander: indem der Zweck dort durch die Person des Schuldners, hier durch eine Sache u. dgl. vermittelt werden soll. Die heutige wie die römische Rechtssprache spricht denn auch von einer Haftung des Pfandes oder der Pfandsache (pignus, res obligatur — liberatur). Wenn man nun annehmen wollte, die Sache sei „Schuldnerin", so wäre das allerdings eine Absurdität (Puchta, a. a. O.), und selbst für ein Bild zu stark und geschmacklos; allein weder der Römer nennt sie debitrix, und von den Unsrigen hatte längst Sintenis a. a. O. diesen Fehler seiner Vorgänger gut gemacht. Führt man den Ausdruck „res obligatur" auf seine Wortbedeutung zurück, so haben wir die Sache „gebunden" vor Augen, ein Bild, wodurch letztere nicht mehr beleidiget werden, als wenn man Personen „bindet." Die Frage ist nur, ob auch dieser bildlichen Haftung oder Gebundenheit der Sachen eine Wahrheit und Wirklichkeit zu Grunde liegt, die derjenigen gleich, oder doch verwandt ist, welche der Haftung einer Person zu Grunde liegt. Wir finden aber, daß die Haftung der Pfandsache — um nur vom Sachenpfand zu reden — bei Pignus und Hypothek in einer Macht des Gläubigers besteht, die Sache klagbar zu verfolgen und beizutreiben (pignoris persecutio). Im Verkauf des Pfandes liegt bereits eine Lösung des Pfandes (pignoris solutio), nicht mehr die Haftung. Theils in der Befugniß der Selbstpfändung, theils in der Macht der Interdicte, vollkommen aber erst in der Macht der pigneratitia in rem actio beruht die Haftung des Pfandes. Diese Haftung, d. i. Verfolgbarkeit des Pfandes (Pfandfolge könnte man sie nennen) ist das erste und wesentliche Mittel zur Verwirklichung des Pfandzwecks, und für den Begriff des Pfandes so unentbehrlich wie sein Zweck; ein zweckmäßiges, aber an und für sich entbehrliches und erst nachfolgendes Mittel ist der Verkauf [*„utilitas pignoris"* l. 14. §. 1. D. pec. const. 13, 5.]. Wie wir nun sagen mußten, daß das Pfandrecht seinem Zwecke nach obligatio sei, so dürfen wir behaupten, daß es seinem ersten und wesentlichen Mittel nach einer obligatio gleiche.

Denn wenn die obligatio, was Macht und Mittel ihrer Durchsetzung anlangt, mitunter weniger ist, als Klagsmacht, (naturalis obligatio) so kann sie dieselbe doch nie übersteigen; im Zustande der Vollkommenheit ist die Forderung nichts als eine Klagsmacht. Das Eigenthum ist auch Klagsmacht, aber — als ein Haben — noch manches dazu (vgl. meine krit. Blätter, Nr. 3. S. 9.); desgleichen sonstige jura in re. Das Pfandrecht aber, wenn wir es als jenes unentbehrliche, aber an und für sich genügende Mittel denken, ist gleichfalls nichts als Klagsmacht [*l. 27. pr. D. nox. act. 9, 4: — Proconsulem interventurum, et pignoris persecutionem, vel usus fructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari: nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. Ususfructus autem, etiamsi persecutio ejus denegetur, ipso jure durat, eo usque donec non utendo constituto tempore pereat*]. Daß in der Verkaufsmacht zu dem nothwendigen Mittel ein nützliches hinzutritt, zerstört seine Verwandtschaft mit der Forderung nicht: schon um deswillen nicht, weil einst auch die obligirte Person verkauft werden konnte (vgl. die angeführte Abhandlung von Riedel, am Ende). Wird ein nomen verpfändet, so schwindet fast aller Unterschied zwischen Pfandrecht und obligatio; wenn eine Sache, besteht der, daß dort in personam actio, hier Interdicte und in rem actio sind. In dieser in rem actio und lediglich durch sie ist das Pfandrecht jus in re; weil aber letzteres nichts als Klagsmacht ist, gleicht es (wie auch schon die Prohibitivservituten — abgesehen davon, daß sie Theile des Eigenthums sind) einer Forderung; man konnte sein, theils der obligatio, theils den dinglichen Rechten zugewendetes Wesen nicht besser und wahrer ausdrücken, als indem man es rei obligatio nannte. (Vangerow §. 363. Anm.) Das Sachenpfandrecht hätten nach Zweck und Mittel die Römer selbst nicht besser definiren können, als Mühlenbruch: der es „obligatio rei, seu jus in re aliena creditori ejus quod sibi debetur servandi causa constitutum" nennt (doctrina Pand. §.305.).

Daß pignoris obligatio ein selbständiges Dasein habe, ist oben (§. 78.) zu zeigen versucht worden. Es wäre denkbar, daß nach irgend einem Rechte gar keine personae obligatio vorkäme; daß z. B. ein Darlehensempfänger nicht seine Person [weder buchstäblich, wie der altrömische Schuldner, noch in der

Person blos sein Vermögen, wie der neuere Schuldner], sondern lediglich eine seiner Sachen 2c. obligirte. Die Verpflichtung das Darlehen heimzuzahlen, wie der Anspruch es zurückzubekommen, wäre hier ein Bestandtheil (Inhalt und Zweck) der pignoris obligatio, ganz wie bei der personae obligatio; und erst in Klage, Execution und Prästation würde sich zeigen, daß nicht persona, sondern res obligirt sei. Offenbar wäre pignoris obligatio von selbständigem Dasein. Das schien sie uns aber selbst nach dem für uns geltenden Rechte zu sein. Mag immerhin der Schuldner vor allem seine Person obligiren, so macht er doch den Gegenstand seiner Schuld zugleich zum Gegenstand der pignoris obligatio, gerade so wie wenn er lediglich seine Sache obligirte. —

In nichts tritt das Obligatorische des Pfandrechts klarer hervor, als in der pignoris solutio — darin daß es mit der Erfüllung seines Zweckes (Zahlung 2c.) erlischt. Beim Pignus und der Hypothek erlischt in diesem Augenblicke die Pfandhaftung (pignoris persecutio, in rem actio und jus in re, utiles in rem und — beim pignus nominis — in personam actiones); nur das Factum des Besitzes und pfandcontractliche Obligationen können noch fortdauern, Pfandrecht keines mehr. Wo dagegen das Pfand in quiritarischem oder natürlichem Eigenthum bestund, mochte der zahlende Schuldner denken, daß nunmehr das Pfand gelöst sei; in Wirklichkeit aber war der Gläubiger noch Eigenthümer; hatte kein Pfandrecht mehr, und doch die Macht des Pfandrechts noch in Händen Kurz der Gedanke der pignoris obligatio ward hier nicht so vollkommen verwirklicht, wie bei (dem nach unserer Vorstellung neueren) Pignus und Hypothek. Auch ging das Pfandrecht als Eigenthum über jene bloße Pfandhaftung hinaus, gab einerseits mehr Macht und Mittel, als zur Erfüllung des Pfandzweckes nothwendig und zweckmäßig war (vgl. Puchta, Curs. d. Inst. II. §. 249), während es anderseits nicht einmal so weit reichte, als die reine Darstellung der rei obligatio (s. oben S. 309.) — — vielleicht daß ein Drang nach reinerer Darstellung der pignoris obligatio mitwirkte zu jener von uns vermutheten Entwicklung des pfandrechtlichen jus in re (rei obligatio) aus altem Pfandeigenthum.

§. 83. Fortsetzung.

Anstatt Eigenthums können auch jura in re zu Pfand gegeben werden. Dies wäre am einfachsten so denkbar, daß Gläubiger — wie bei der Fiducia — Inhaber des zu Pfand bestellten Rechtes, also z. B. Usufructuar rc. würde; als Pfandbesteller müßten wir dann, bei Servituten wenigstens, denjenigen denken, der Servituten bestellen kann — den Eigenthümer. Wir möchten nicht behaupten, daß eine solche Verpfändung niemals vorgekommen sei; Mancipation und Injurecessio von Servituten konnten ebensowohl mit einer lex fiduciae vorkommen, wie Mancipatio rc. von Eigenthum. In der Weise des formlosen Pfandvertrages aber konnte, in classischer Zeit, ein jus servitutis nicht bestellt werden (S. 273.); zudem war der Verkauf des Pfandes bei dem häufigsten Fall der Verpfändung in den Kreis der wesentlichen Rechte und Pflichten eines Pfandgläubigers aufgenommen worden (S. 311 oben), ein Pfandverkauf aber nicht denkbar, wenn der Gläubiger selbst die Servitut hatte; mindestens nicht, wenn die S. eine Prädialservitut war. So begreift es sich, daß für die Prädialservituten eine andere Verpfändungsweise vorkommt: l. 12. D. pign. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, (scilicet si vicinum fundum habeat), et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Der Gläubiger hat hier kein Servitutenrecht [vgl. *l. 2. §. 3. l. 3. D. prec.* 43, 26. Büchel, civilr. Erört. *I. nro. 3.* Vang. §. 367. Anm. *II.* 1.], ist Faustpfandgläubiger, könnte aber auch Hypothekgläubiger sein, wesfalls Vicinität auf seiner Seite nicht mehr und nicht minder nothwendig ist, als Besitz zum Verkauf [vgl. Lang, Arch. für civ. Pr. *XXIX. nro. 10.* über die Verpf. der SS. 336. *unten* fg. Vang. a. a. O. Arndts P. §. 367. Anm. 2. *c.*]. Ein Usufructus kann durch den Usufructuar verkauft werden (S. 265.); hier also konnte, selbst wenn der Pfandverkauf wesentlich schien, der Gläubiger Usufructuar sein. Allein der formlose Pfandvertrag gab kein jus [*l. 11. §. 2. D. pign. — si velit cum creditore proprietarius agere: non esse ei jus uti frui invito se* —]; die dem

Usufructuar eingeräumte Quasipossessio aber wird man ebenso-wenig mehr als (naturalen) Usufructus, wie die Possessio des sonstigen Faustpfandgläubigers als (naturales) Eigenthum betrachtet haben. So müßen wir die Verpfändungsweise in l. 11. §. 2. cit. der in l. 12. cit. gleich denken; die Möglichkeit hypothekarischer Verpfändung ist hier ausdrücklich bezeugt; desgleichen die Verpfändung eines schon bestehenden Usufructus durch den Usufructuar selbst, l. 11. §. 2. cit. Durch den Eigenthümer muß übrigens auch ein Usus zu Pfand gegeben werden können.

So wird denn auch, wenn Superficies und Emphyteuse verpfändet werden, der Gläubiger nicht Superficiar rc. [*l. 13.* §. 3. *D. pign. l. 15. D. qui pot. l. 1.* §. 6. *D. superf. 43, 18.* „*Quia autem etiam in rem actio de superf. dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usumfructum sive usum quendam ejus esse et constitui posse per utiles actiones credendum est* — wo Huschke, vor ihm aber Ant. Faber in „*petitori*" „*pignori*" erblickte, dieser „*et superf.*" statt „*in superf.*," jener „*insuper superf.*" liest: *Schulting. not. ad Pand. ad h. l.*; *l. 16.* §. 2. *D. pign. act.*; vgl. S. 286. und S. 290.]. Uebrigens müssen wir die Ausführung dieser Verpfändung nach dem Muster des Usufructus denken.

Wenn eine Forderung verpfändet wird (pignus nominis), ist ein jus in re des Pfandrechts vollends nicht mehr denkbar. Pignoris exsecutio ist hier ohne Pfandverkauf möglich [*l. 18. pr. D. pign. act. l. 4. C. quae res pignori 8, 17. l. 7. C. her. vel act. vend. 4, 39.*]. Mit Recht macht aber Vangerow (§. 368. Anm. 1. 1.) auf Eigenthümlichkeiten aufmerksam, welche die in dieser Verpfändung liegende Cession vor anderen Cessionen voraus hat: theils darum daß sie überhaupt Pfandrecht, dann insbesondere darum, daß sie eine pignoris obligatio enthält. — Die Verpfändung eines Schuldscheines begreift die der Forderung in sich (arg. l. 44. §. 5. D. leg. I.); bezüglich seiner — nicht der Forderung (vgl. Vang. a. a. O.) — ist in rem actio möglich; an der durch nominis exactio eingetriebenen Species bleibt und verjüngt sich das Pfandrecht (l. 18. pr. cit.). — —

Si pignus pignori datum sit (C. 8, 24 — Subpignus), ist unseres Erachtens das pignus, nicht auch die Forderung des Pfandgläubigers verpfändet. Der das Gegentheil bezwecken-

den neuen Auslegung von l. 13. §. 2. D. pign. bei Vang. a. a. O. Anm. 2. S. 929. vermögen wir nicht beizupflichten. Wenn der dominus einmal gezahlt hat, heißt der erste Gläubiger nicht mehr creditor; warum dessen pigneratitia (in personam) actio gegen seinen Gläubiger utilis sein sollte, ist nicht abzusehen; weiter unten ist der creditor der zweite creditor. Huschke, der unserer Ansicht ist, aber „cujus nomen" in „cujus nomine" verwandelt (Zeitschr. für Civilr. u. Proz. XX. S. 228 fg.), zeigt, daß es gefährlich sei, gute Conjecturen machen zu können. — So lange nicht von auswärts bewiesen ist, daß anstatt „pignus pignori datum" „nomen pignori datum" stehen könne, müssen wir annehmen, daß in l. 13. §. 2. cit. die Worte „nomen pignori datum" ein pignus nominis, und nicht ein Subpignus bedeuten. Da aber weiterhin in Bezug auf dieses pignus nominis von einem secundus creditor die Rede ist, kann Pomponius an einen Fall gedacht haben, in dem der erste Gläubiger das ihm verpfändete nomen weiter verpfändete; denkbar ist aber auch, daß bei einem pignus nominis der erste und einzige Pfandgläubiger als zweiter creditor bezeichnet wurde. Jedenfalls treten bei einem pignus nominis auch ohne Weiterverpfändung zu Gunsten des Pfandgläubigers diejenigen Wirkungen ein, welche l. 13. §. 2. cit. in fin. zu Gunsten des „secundus creditor" eintreten läßt (l. 18. pr. D. pign. act.). Pomponius entscheidet hiernach einen anderen Fall, als den Marcianus vorlegt; dort ist es das Pfand, was in seiner neuen Gestalt dem Pfandgläubiger verbleiben soll; beim Subpignus fragt sich, ob die (nicht verpfändete) Forderung des Verpfänders, nachdem ihn sein Schuldner gezahlt hat, in Gestalt des Gezahlten an die Stelle des ausgelösten Pfandes treten soll. Dem Gedankengang zufolge (et verum est etc.) soll aber die Entscheidung des Pomponius zum Muster dienen. Denn hier und dort erscheint die Zahlung als eine Lösung des Pfandes; hier und dort soll das Lösegeld an die Stelle des Pfandes treten. Darnach hat der Afterpfandgläubiger allerdings utilem (in rem) pign. actionem, sowohl auf die gezahlten nummi zu nachheriger Compensation — die Forderung selbst kann er nicht eintreiben —, als auf die geleistete Spezies. Mit der Pfandklage auf das Geld wird er freilich oft zu spät kommen; aber es können ja auch Spezies schuldig sein („quid enim si res soluta fuerit?"). [Noch

andere Auslegungen der *l. 13.* §. 2. *cit.* s. bei Sint. pfandr. Streitfragen *I.* S. 53. §. 8.]. — Ob beim Subpignus die Sache, überhaupt das Pfand, oder aber das Pfandrecht verpfändet sei, halten wir nicht für so gleichgiltig, wie Arndts, P. §. 367. Anm. 3.; wäre es auch nur der richtigen Vorstellung halber. Mit Recht betont Huschke (a. a. O. S. 221), daß das Pfandrecht nicht zu den verkäuflichen Dingen gehöre (vgl. S. 296). Wäre aber z. B. eine Sache verpfändet, so schiene uns allerdings etwas anderes gleichgiltig: ob man nämlich sage, daß die Sache, oder daß das Eigenthum an ihr weiter verpfändet werde: wie man denn mit demselben Rechte sagen kann, daß die Sache, oder daß das Eigenthum an ihr verpfändet werde. Das ist das Allgemeinste im Subpignus, daß es eine zweite (d. i. After-) Verpfändung ist, natürlich desselben Gegenstandes wie die erste; so wenig die erste Verpfändung eine V. des Pfandrechts ist, so wenig die zweite. So weit ist das Subpignus der Verpfändung an einen posterior creditor gleich. Dadurch nun aber wird es von dieser verschieden, daß es eine Verpfändung durch den Pfandgläubiger ist. Die Afterverpfändung ist eine im Pfandrecht (S. 380. §. 80. a. E.) enthaltene Macht des Pfandgläubigers, das Pfand (die Sache oder das Eigenthum, das nomen, den Usufructus, Superficies und Emphyteuse) abermals zu verpfänden. Wir müssen ihn in dieser Verpfändung wie den (zuerst verpfändenden) Eigenthümer denken, der nichts verpfändet als das Pfand, namentlich nicht irgend eine Forderung neben dem Pfand. Damit stimmt die Terminologie, nach welcher allenthalben „res pignorata", „id quod pignori obligatum est" weiter verpfändet wird (l. 13. §. 2. cit. l. 1. l. 2. C. h. t. 8, 24. l. 14. §. 3. D. div. temp. praescr. 44, 3. vgl. Huschke, a. a. O. S. 221), zusammen. Der Afterpfandgläubiger bekommt eine Macht wie die des Pfandgläubigers, allein weil sie nicht im Eigenthum, überhaupt nicht in bonis des After-Verpfänders beruht, wird sie zu der dinglichen Pfandklage nur utiliter verhelfen können; weil sie lediglich im Pfandrecht des Afterverpfänders beruht, mit diesem endigen müßen (l. 40. §. 2. D. pign. act.). Surrogate können, wie wir sahen, an die Stelle des ohne seine Befriedigung eingelösten Pfandes treten: es liegt darin eine Ausdehnung des Afterpfandrechts über seine erste Anlage. — Das Afterpfandrecht

ist eine Fortpflanzung des ersten Pfandrechtes. Besonders diejenigen, welche es unter der Verpfändung von „Rechten“ aufführen (z. B. Puchta, P. §. 195), verkennen, daß es keine eigene Art des Pfandrechtes ist, daß vielmehr die verschiedenen Arten des Pfandrechtes bald als Pfandrechte von erster Hand, bald als Afterpfandrechte vorkommen. Nur das Pfandrecht an Prädialservituten und Usus kann sich nicht fortpflanzen.

Was die verschiedenen Pfandrechte aber immer für Inhalt haben mögen, nicht nur können überall Obligationen sich mit ihnen verbinden; überall ruht ihre Existenz in dem ihnen allen gemeinsamen Begriffe der pignoris obligatio.

§. 84.

Entstehung des Pfandrechts.

Unter den Bedingungen, die wir oben (§. 78, §. 79.) kennen gelernt haben, entsteht ein Pfandrecht am häufigsten

1) durch Vertrag, so daß das Wort pignus selbst ein „Verträgniß“ oder ein „Vertragenes“ bedeuten soll (Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XIII. S. 189.). Da die Römischen Etymologen dasselbe mit der Faust auslegten (l. 238. §. 2. D. v. s.), bekam es den engeren Sinn des Pfandvertrages mit Besitzhingabe (des Versatzes, Faustpfandes) (l. 9. §. 2. D. pign. act. vgl. Rubr. Dig. 20, 1—6. Cod. VIII. 14, 15.); kommt aber im weiteren Sinne sehr häufig vor, z. B. Rubr. Cod. VIII., 16, 18, 20, 21, 24, 26 etc. So steht denn auch pignori dare, obligare, accipere das eine Mal im Gegensatz zu convenire ut hypothecae sit, hypothecae dare, accipere [*l. 11. §. 2. D. pign. act.; l. 1. pr. D. qui pot. 20, 4. l. 2. D. pign.; l. 15. §. 2. eod.*]; ein andermal umfaßt es auch letzteres [z. B. *l. 1. pr. D. pign.; l. 10. eod.; l. 34. §. 2. eod.*]. „Hypotheca“ dagegen geht überall nur auf die andere Art des Pfandvertrages, so daß erst diesem griechischen Worte gegenüber das römische außer seinem alten und weiteren Sinne einen neuen und engeren erlangt haben mag. — Wie schon oben (S. 315) bemerkt, ist aber jeder Sachen-Pfandvertrag, auch der hypothekarische, ein dare (wegen der aus ihm entspringenden pignoris vindicatio): jeder Pfandvertrag aber ein obligare; letzteres nicht wegen der nur möglichen Personenobligationen, sondern als rei obligatio. Das Pfand wird obligirt: wie

wir sahen nicht ohne Recht oder Vollmacht des Verpfänders (S. 300); aber auch nicht ohne vollkommene Handlungsfähigkeit, überdies Dispositionsmacht des Berechtigten (S. 41. fgg.); denn diese Obligirung ist ein Schritt zur Veräußerung, den man nicht nach Belieben rückgängig machen kann. Eine Vollmacht zur (Weiter=) Verpfändung liegt in der Verpfändung selbst. Bei der Vollmacht denken wir hier übrigens zwar an eine fremde Sache, aber an keine Stellvertretung; an eine Vollmacht die fremde Sache für sich, nicht für den Herren, zu verpfänden. Der Grundsatz des classischen Rechtes, daß eine Stellvertretung in Begründung einer pignoris obligatio auf Seite sowohl des Verpfänders als des Pfandgläubigers unmöglich sei, geht aus l. 11. §. 6. §. 7. l. 12. D. pign. act. deutlich hervor; hier ist es, daß pignoris obligati possessio von ipsa obligatio unterschieden, und Stellvertretung durch freie Personen allerdings um der obligatio willen (dagegen Puchta, Vorl. §. 193) ausgeschlossen wird. Doch blicken schon durch diese Stellen gewisse Modificationen hindurch (§. 6. cit. „plerumque“ — „non semper“); eine sehr weit gehende enthält l. 21. pr. D. pign. Justinian verordnete, „et condictionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire“ (l. 2. C. per quas pers. nobis acq. 4, 27. a. 530); daß nunmehr auch der Verpfänder vollkommen vertreten werden konnte, ist wahrscheinlich; wieweit dies schon früher möglich war, namentlich auch in Betreff der pigneratitia in pers. actio directa, müssen wir dahingestellt sein lassen (vgl. l. 1. l. 3. l. ult. C. Si aliena res pign. 8, 16); daß es jedenfalls heutzutage möglich ist, soll unser viertes Buch zu zeigen suchen. Von der Stellvertretung in der Verpfändung unterscheiden wir eine Vertretung durch Verpfändung (Intercession); eine solche gab es von jeher (l. 5. §. 2. D. pign. l. 8. pr. D. ad SC. Vellej. 16, 1).

Der wesentliche Inhalt des Pfandvertrages ist vorhanden, „quum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae (vel pignoris) nomine obligatae“ (l. 4. D. pign.); ins Einzelne braucht derselbe nicht zu gehen, während umgekehrt die Pactirung einer wesentlichen Einzelnheit für sich allein schon als Pfandvertrag gelten mag [z. B. *ut rem ejus propter aliquam obl. vendere liceat* — vgl. *l. 35. D. eod.*

Bachofen: Pfdr. *I.* S. 174. Anm. 9.]. Unter den Nebengedingen [*Rubr. D. 20, 1 — et de pactis eorum*] ist des pactum ne distrahatur und seiner Wirkung im neueren Recht bereits gedacht (S. 311. oben; vgl. l. 3. §. 1. C. jure dom. imp. 8, 34); auch daß die lex commissoria [*„ut pecunia foenoris non soluta creditor jure emti dominium retineat“ §. 9. Vatic. fr.* vgl. *l. 1. C. de pact. pign. et de comm. lege resc. 8, 35*] späterhin abgeschafft worden (l. 3. C. eod. a. 320; Gedinge wie das in l. 16. §. 9. D. pign. [*„ut .... jure emtoris possideat rem .. justo pretio tunc aestimandam ..“*], oder nachträgliche venditio, datio in solutum (l. 12. pr. D. distr. pign. l. 13. C. pign. 8, 14,) sind nicht abgeschafft. [Ueber Grund, Wirkung und Umfang des Verbotes s. übrigens: Warnkönig, dogmengesch. Darstellung der Lehre von der *lex comm.* beim Pfandrecht, Arch. f. civ. Pr. *XXIV.* S. 351. fg. *XXV.* S. 60. fgg. S. 226. fgg. S. 420 fgg.]. Auch ein pactum antichreticum gibt es (l. 17. C. usur. 4. 32), nicht blos Antichrese, die ein Geschäft für sich, aber kein Pfandcontract ist [*l. 11. §. 1. D. pign.* Glück, *XIII.* §. 870. Dagegen Puchta, Vorl. §. 320. Vgl. *l. 6. C. quod cum eo 4, 26. l. 14. C. usur; l. 33. D. pign. act.*]. Auch Bedingungen (der Verpfändung selbst) sind möglich (l. 13. §. 5. D. pign.).

Die tacita conventio [s. g. *pignus tacitum — D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2. C. 8, 15.*] kann noch ein Vertrag sein (z. B. l. 5. §. 2. D. h. t.); in denjenigen Fällen, welche man unter dem „gesetzlichen Pfandrecht“ zu begreifen pflegt, ist sie keiner mehr. So gleich in ihren ursprünglichsten Erscheinungen, bei Pacht und Hausmiethe: [*l. 4. pr. eod. „— quasi id tacite convenerit — §. 1. l. 2. l. 3. l. 5. pr. §. 1. l. 6. l. 7 pr. D. h. t. „— tacite intelliguntur pignori esse“ — l. 3. C. h. t.*]. Uebrigens bestund hier nicht das volle Recht der wirklich vertragsmäßigen Verpfändung (l. 9. D. h. t.), so daß wir die Meinung, als beruhe die tacita conventio auf der Gewohnheit wirklicher Verträge (vgl. Sint. Pfdr. S. 288) ungern theilen. War bei der Landpacht die Verpfändung der Invecten und Illaten minder gebräuchlich als die der Früchte? Die Thorsperre liegt zu sehr im Hausrecht, als daß sie des Vertrags mit dem Miethsmann

bedurfte; und auch zu den Früchten seines Grundstückes steht der Herr in besonders naher Beziehung; leicht könnte die tacita conventio moderne Beschönigung alter Selbstherrlichkeit sein; näher liegt es, daß die formula hypthecaria [*si paret .. convenisse*] zur Annahme einer conventio nöthigte. — Auf eine fingirte Convention werden insbesondere die gesetzlichen Generalhypotheken des späteren römischen Rechts zurückgeführt [*l. unic. §. 1. Cod. rei ux. act. 5, 13. „— ut plenius dotibus subveniatur: quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam. — Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre praejudicii, cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam. Sicut enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur, sic et in posterum causa invenitur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis*]; darneben kann die wahre Quelle dieser Begünstigungen nicht verschwiegen werden: l. 11. C. de pact. conv. tam super (5, 14.) Justinian. „— si quidem in dotali instrumento hypothecae nominatim a marito scriptae sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur, ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Aber auch die Generalhypotheken des Fiskus werden an einen fingirten Vertrag angeknüpft [*l. 2. C. in quib. caus. pign. tac. contr. 8, 15: Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur.* vgl. *l. 2. C. servo pign. (7, 8). §. 5. fragm. de jure fisci.*], wenn man auch vom privilegium exigendi aus zu derselben gelangt sein sollte, wie Huschke (Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XX. 207) annimmt (vgl. Bachofen, Pfdr. I. nr. X. S. 232).

Betrachten wir die gesetzlichen Hypotheken noch im Einzelnen, und zwar

a) die am ganzen Vermögen des Schuldners, so findet die des

α) Fiskus statt: aus Contractsforderungen (s. oben), — wegen öffentlicher Abgaben: l. 1. C. in quib. caus. 8, 15; —

trotz l. 46. §. 3. D. j. fisc. 49, 14. nicht auch wegen Straf= (l. 17. l. 37. eod.?) oder cedirten Forderungen (l. 3. §. 7. vgl. l. 6. pr. eod. Sint. Pfdr. S. 312).

β) Dem Fiskus stehen gleich das patrimonium principis und der Regentin: l. 6. §. 1. eod. —

γ) nach der Praxis die Städte wegen der städtischen Abgaben und gegen ihre Verwalter (Glück, XIX. S. 83. II.).

δ. Das der Kirche wegen Deterioration ihrer Emphyteuse (Nov. 7. c. 3. §. 2.).

ε. Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata minores sibimet vindicare minime prohibentur — l. 20. C. adm. tut. (5, 37.) dazu l. 7. §. 5. in fin. C. curat. fur. (5, 70.); in Betreff des Protutor l. ult. D. tut. act. (27, 3.). Diese Hypothek ergreift auch das Vermögen des Stiefvaters, wenn die Mutter Vormünderin ist: l. 6. C. h. t. (8, 15.) Nov. 22. c. 40.

ζ. Zufolge der dotis constitutio greift unsere Generalhypothek auf beiden Seiten Platz: sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia, sive profectitia sit — l. unic. §. 1 C. rei ux. act. Der Frau ist zudem an den res dotales selbst noch in rem actio und eine „omnibus anterior hypothecaria actio" eingeräumt (l. 30. C. j. d. 5, 12. a. 529. vgl. Bachofen a. a. O. S. 245.); — ferner wieder eine Hypothek am ganzen Vermögen des Mannes in Ansehung der „foeneratitiae cautiones", welche die Frau dem Mann gibt „ut loco paraphernorum apud maritum permaneant" l. 11. C. de pact. conv. tam sup. a. 530.; — desgleichen in Ansehung der donatio propter nuptias (Nov. 109. c. 1. cf. l. 12. §. 2. C. qui pot. 8, 18.).

η. Kinder haben eine ges. H. an dem Vermögen 1) des parens binubus bezüglich der für sie verwirkten lucra nuptialia; (l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. C. sec. nupt. 5, 9. Justinian. Nov. 98. c. 1.); ob hier eine Hypothek an den lucra nuptialia concurrire? (vgl. Sint. Pfdr. §. 17. S. 111.) — 2) des Vaters, in Betreff der bona materna und ex mat. linea ad eos devoluta, die der Vater in Händen hat (l. 8. §. 5. eod.).

3. Si quis prohibuerit uxorem ad aliud venire matrimonium, sive etiam uxor maritum — et pro hoc aliquid reliquerit — si contigerit transire annale tempus, damus quidem personae huic accipere, quod relictum est . . . sed . . non aliter . . nisi juratoriam cautionem exposuerit et supposuerit res suas (hoc quod tacite ex hac lege damus), ut si ad secundas venerit nuptias, reddat quod datum est — (Nov. 22. c. 44. pr. §. 2.).

b. Gesetzliche Hypotheken, welche nicht alles Vermögen des Schuldners umfassen, sind außer dem bereits oben erwähnten Pfandrecht des Verpächters und Miethsherrn, dann dem der Ehefrau an den res dotales (a. l.): das noch durch ein SC. unter Markus eingeräumte Pfandrecht an einem Hause, auf dessen Wiederherstellung der Gläubiger das Geld geliehen (l. 1. D. h. t. 20, 2.); — das des Pupillen an Sachen, die der Vormund mit des ersteren Geld erworben hat (l. 7. pr. D. qui pot. l. 6. C. serv. pign. dat. 7, 8. vgl. l. 17. C. pign. 8, 14.), die derselbe aber utiliter auch vindiciren kann (l. 2. C. quando ex fact. tut. 5, 39.).

Vgl. überhaupt: Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschw. Pfandrecht, Leipz. 1803. 1804; Glück XVIII. §. 1086 — XIX. §. 1089.; Sint. Pfdr. §. 31 — §. 35.; Vang. §. 374 — §. 376. — —

2. Testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit (l. 26. pr. D. pign. act. Ulp.) — unter der Voraussetzung, daß das Pfand zur Erbschaft gehöre; außerdem ist ein testamentarisches Pfandrecht — das seine Kraft einzig dem letzten Willen verdankte — undenkbar. Fremde (also auch des Erben) Sachen kann der Testator pignori weder dare noch obligare [vgl. *l. 1. C. comm. leg. 6, 43: — cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare*]; er kann zu ihrer Verpfändung verpflichten, nicht sie selbst verpfänden. Pignus testamentarium ist ein Vermächtniß, wornach sich denn namentlich Erwerb und Zeit des Erwerbs, sowie das Verhältniß zu den Erbschaftsgläubigern richtet. (Abweichende Auffassungen s. Vang. §. 373. Anm. 1.)

3. Jussu magistratus wird ein Pfandrecht (pignus prae-

torium) constituirt, „si ex quacunque causa in possessionem aliquem miserit“ (l. 26. pr. cit.), jedoch erst si ventum fuerit in possessionem (§. 1. eod.). Nur in possessionem kommt hier der Gläubiger (S. 64. l. 10. §. 1. D. a. v. a. p. 41, 1.; C. de praetorio pignore et ut in actionibus etiam debitorum missio praetorii pignoris procedat 8, 22. Bachofen, Pfdr. I. Nr. XIII. S. 201.).

4. Si in causa judicati pignus captum sit (C. 8, 23.). l. 1. h. t.: Res ob causam judicati datas ejus jussu cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. a. 214. Hier handelt es sich nicht mehr um Sicherung der Schuld; Besitz muß gerade nicht ergriffen sein; bei uns wenigstens genügt auch „Aufschreibung“ (vgl. C. ut nemini liceat sine judicis auctoritate signa imprimere rebus, quas alius tenet 2, 17. (?); l. 56. D. loc. 19, 2. l. 20. D. inj. 47, 10.). Gerade „gegeben“ müssen die Sachen auch nicht sein.

5. Ohne Zweifel kann ein pignus auch adjudicirt werden: arg. l. 22. §. 3. D. fam. herc. (10, 2.) vgl. Arndts, P. §. 372. Anm. 2.

§. 85.

Pignoris exsecutio, solutio.

Pignoris exsecutio besteht

I. in pignoris persecutio, welche, im weiteren Sinne wenigstens, auch die verschiedenen zur Pfandfolge dienlichen

1) possessorischen Interdicte begreift. Hieher gehören

a) die gemeinen Interdicte zum Schutze der corporis possessio, wenn eine Sache verpfändet ist, und Gläubiger den Besitz erlangt hat (arg. l. 2. C. praet. pign. 8, 22. — invenimus in conventionalibus pignoribus . . non solum tenentem creditorem adjuvari — l. 14. §. 3. D. div. temp. praescr. 44, 3.); —

b) das interdictum Salvianum. Es ist obrigkeitliche Gewährung und Unterstützung der dem hypothekarischen Gläubiger zuständigen Pfändung (S. 306.). Der Vermiether eines Hauses bedarf seiner — in Betreff der ihm zinseshalber verpfändeten Invecten und Illaten — nicht; für ihn bietet sich anstatt der

Apprehension eine Retention, die Thorsperre (perclusio — l. 9. D. in quib. caus. 20, 2.), gegen die sich gebührenden Falles der Miether mit dem int. de migrando wehren mag (D. de migr. 43, 32. Rudorff, a. a. O. S. 206. Bachofen, a. a. O. S. 19.). Aufgekommen ist das Salvianum für den Verpächter des Landguts „de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset" (Gaj. IV. 147.). Es pflegte dieser aber zu verpfänden „was er mit auf das Gut brächte" [*Theoph.* zu §. *3. J. interd. IV. 15. l. 2. l. 7.* §. *1. D. in quib. caus. Cato r. r. c. 146. 148.*], aber gewiß auch „quae ibi nata factave essent" [*Cato r. r. c. 149: „pecus et familia, quae illic erit" arg. l. 1. pr. D. h. t. 43, 33.* vgl. *l. 1. pr. D. de migr.*]. Dabei schien nun aber nicht alles verpfändet, was der Pächter irgend einmal auf das Gut brachte, sondern nur was er einbrachte („ut ibi essent" l. 7. §. 1. D. in quib. caus.). Dieses Einbringen möchte gleichbedeutend sein mit dem etwas befremdlichen Ausdrucke „pignoris nomine inferre, inducere etc." (l. 1 pr. §. 1. h. t.); das „pignoris nomine inferre etc." war aber zur Durchführung des Salvianum noch nicht ausreichend; es mußten auch res coloni sein (Gaj. l. cit. l. 5. C. loc. 4, 65. und dazu Bachofen, a. a. O. S. 21.), diese also nicht nur pignoris nomine induci, sondern auch pignori esse — anders als beim i. de migrando (l. 1. §. 5. D. migr.). Deswegen brauchen wir aber noch nicht der Ansicht zu folgen, daß ein „in bonis coloni esse, fuisse" sofort intendirt werden mußte (wie Huschke, Stud. I. S. 348. behauptet, Rudorff, a. a. O. S. 213. und Bachofen a. a. O. S. 16. verneinen); wahrscheinlicher stritt für den Kläger die Vermuthung, daß was pignoris nomine inferirt worden pignori sei, während das Gegentheil exceptionsweise vorgebracht werden mußte. Die wichtigste Frage, ob das Interdict auch gegen den dritten Besitzer ging, ist oben (S. 306 fg.) erörtert; daselbst die Fassung und Form des Interdictes berührt. Daß ähnliche Interdicte für alle weiteren Fälle hypothekarischer Verpfändung gegeben wurden (Rud. S. 215. Bachofen a. a. O.), ist an und für sich glaubhaft, und hat an l. 1. C. prec. et Salv. int. und Paul. R. S. V. 6. §. 16. auch äußere Rechtfertigung — wenn nicht erst die „Ignoranz der Westgothen" des Paulus Sentenz verallgemeinert — und wenn nicht schon Gordianus

gedacht hat, wie Huschke: daß conductorem debitoremve „conductorem eundemque debitorem" bedeute. Wider die Praxis, welche das Salv. als Possessorium, die Serviana als Petitorium behandelt, s. Huschke S. 385 fg. Rud. S. 237 fg. — „Entsprechende prohibitorische Interdicte erhält der Schuldner, wenn er den durch Auflösung der Schuld an ihn zurückfallenden Besitz ergreifen will — Isid. or. 5, 25: pignus est quod datur propter rem creditam, quae dum redditur statim pignus aufertur —; doch hat das Vorbild des Faustpfandes bewirkt, daß nach Analogie der Pigneratitia auch außerordentliche restitutorische Schutzmittel gegeben werden (l. 3. C. luit. pign. 8, 31.)" Rud. S. 205.

2) Pignoris persecutio in rem parit (!) actionem creditori (l. 17. D. pign.), pignoris vel hypothecae persecutio in rem est (l. 18. C. pign. 8, 14); vgl. l. 13. §. 3. D. pign.: legitime consistere potest creditor adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit. Diese dingliche Pfandfolge tritt zuerst auf unter dem Namen Serviana actio, für denselben Pfandfall wie das Salvianum, erstreckt sich dann als quasi-serviana auf alle Hypotheken, auf Faustpfänder [. . . *quasi-serviana . qua creditores pignora hypothecasve persequuntur* §. 7. *J. act.* 4, 6.], . ja sogar auf das pignus praetorium (l. 2. C. praet. pign. 8, 22), empfängt denn auch die generellen Bezeichnungen einer pignoratitia in rem actio (z. B. l. 7. §. 12. D. comm. div. 10, 3. — öfter pignoratitia schlechtweg genannt, z. B. l. 30. §. 1 D. exc. r. j. 44, 2. l. 9. pr. D. quib. mod. hyp. solv. 20, 6), pignoris vindicatio, petitio (z. B. l. 16. §. 3. D. pign. l. 19. pr. D. her. pet. 5, 3.), sowie das allgemeinere Prädicat einer in rem actio (l. 16. §. 3. cit. „— sicut in ceteris in rem actionibus" l. 3. §. 3. D. ad exh. 10, 4). „Die Pandecten-Schriftsteller bezeichnen als serviana diejenige Klage, welche man ursprünglich quasi-serviana nannte" (Bachofen, a. a. O. S. 28., z. B. l. 10. D. pign.); anstatt quasi-serviana steht auch hypothecaria actio (§. 31. J. act.), ein Zeichen, daß die Quasiserviana den Hypotheken näher lag. Anstatt quasi-serviana kommt auch utilis serviana vor (arg. l. 1. C. comm. de leg. 6, 43; l. 1. C. prec. et salv. int.); aber wie ser-

viana für quasi-serviana, so kommt utilis serviana auch für utilis quasi-serviana, d. i. für eine noch weitere Abbeugung und Ausdehnung der serviana vor (l. 1. §. 2. D. pign. l. 1. pr. D. quib. mod. p. solv. 20, 6). Ueber all das Mehreres bei Bachofen, a. a. O. nro. II. bes. S. 28—32. — Daß aber die Serviana in ihrer ursprünglichen Gestalt selbst nicht Original, sondern ad exemplum der rei vindicatio mit Fiction des Eigenthums abgefaßt worden sei, haben wir schon oben (S. 309) verneint. Obwohl ferner die Quasiserviana ad exemplum servianae actionis eingerichtet ist (l. 1. C. prec. et Salv. int. 8, 9), war sie doch keine fictitia actio, sondern in Anbetracht der Pfandschuld und des Pfandobjectes je nach dem vorliegenden Falle umgestaltet, sonst aber der Serviana gleich. So wich die Quasiserviana von der Serviana nicht mehr ab, als die Vindication eines Grundstückes von der eines Sclaven, weshalb es nicht wundern darf, wenn in den Pandecten für Serviana und Quasiserviana nunmehr der Name Serviana vorkommt. Die Quasiserviana — wegen der Serviana, vgl. Keller a. a. O. S. 979 — soll nach Keller (a. a. O. u. Cvpr. §. 33) ungefähr gelautet haben: „J. E. Si paret, eam rem, q. d. a., ab eo, cujus in bonis tum fuit, ob pecuniam promissam (u. dgl.) A° pignori obligatam, eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse, neque per A^m stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo N° A° restituat, quanti ea res erit, N^m A° condemna, s. n. p. a.“. Allein schwerlich wird die Bezugnahme auf ein „convenisse ut pignori sit etc.“ gefehlt haben (vgl. l. 23. D. probat. 22, 3. l. 13. §. 1. ad SC. Vell. 16, 1. l. 3. pr. D. pign.); die Fiction der tacita conventio scheint diesem Formelworte entsprungen zu sein (S. 328). Anderseits möchte „satisve fiat“ zu streichen sein, wegen l. 6. §. 1. D. quib. mod. pign. solv.: qui paratus est solvere, merito pignus videtur liberasse. Qui vero non solvere sed satisfacere paratus est, in diversa causa est. Ergo satisfecisse prodest, qui(a) sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admisit vice solutionis; at qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est. [Zu dem Uebrigen der Formel vgl. *l. 6. C. si alien. res 8, 16; l. 19. C. usur. 4, 32. l. 13.* §. *4. D. pign. l. 30.* §. 1. *D. exc. r. jud. 44, 2; l. 16.* §. 3. *D. pign.* Rudorff, a. a. O. S. 230. Bach=

ofen a. a. O. S. 48]. Aenderungen an dem „cujus in bonis tum fuit“ waren nothwendig, wenn ein ganzes Vermögen (l. 15. §. 1. D. pign.), ferner wenn eine erst nachträglich erworbene Sache verpfändet war (l. 5. C. si res alien. 8, 16), nicht auch wenn res futura verpfändet worden; hier handelt es sich ja darum „an fundus vel jus utendi fruendi (nicht der verpfändete fructus) conventionis tempore fuerit debitoris (l. 11. §. 3. D. qui pot. Rud. S. 234. oben). Auch für denjenigen der „damals“ b. f. possessor, Superficiar ꝛc war, oder die Sache zu fordern hatte, war das „in bonis“ weit genug (l. 49. D. v. s. l. 52. D. a. r. d. l. 18. l. 13. §. 3. D. pign.). Auf anderen Punkten aber waren wieder mancherlei Abänderungen, oder Zusätze nöthig, wenn die stehende Formel für den Pfandgläubiger „nützlich“ sein sollte: so bezüglich der Thatsache, daß dem Kläger verpfändet worden; hier mag im Falle einer s. g. hypothekarischen Succession dem A° der Name des abgefundenen Gläubigers unterstellt, und dann die weitere Thatsache, daß Kläger so und so viel zu jener Abfindung beigetragen, beigefügt worden sein. Dadurch würde sichtbar (nicht erst begreifbar), wie ein Pfandrecht ohne die Unterlage einer auch außerdem und irgendwie verfolgbaren Forderung fortbestehen konnte. Dasselbe zeigt dann auch die Bedingung „neque solutam etc. esse“; Nichtbefriedigung heißt die Bedingung der Pfandfolge, nicht Existenz der Forderung; die Quellen weisen klar darauf hin (l. 59. pr. ad SC. Treb. 36, 1. l. 13. §. 1. ad SC. Vell. 16, 1. vgl. S. 293). Nicht wenn er „nicht restituirt,“ wird der Beklagte condemnirt, sondern wenn er „arbitratu judicis“ restituiren sollte, und nicht restituirt. Zu solchem Bescheid kann aber bei der pignoris wie bei der rei vindicatio der Richter nur kommen nach vorgängiger Untersuchung „an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est; nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet (l. 16. §. 3. D. pign.). Wird der Beklagte als Besitzer erfunden, so erfolgt jedenfalls der Restitutionsbescheid (heutzutage Verurtheilung zur Extradition); aber noch kann derselbe ohne zu restituiren Absolution erlangen, entweder gegen Caution [*si velit restituere nec possit etc. l. 16. §. 3. cit.*], oder schlechthin: durch Pfandlösung. Letztere gestaltet sich verschieden, je nachdem ein Dritter, oder der Schuldner selbst ver-

klagt ist (l. 21. §. 3. D. pign.). Außerdem hatte der Beklagte (heute hat er sie nicht mehr) nurmehr die Wahl zwischen Restitution und Condemnation; selbst der Schuldner konnte, wenn einmal condemnirt, das Pfand nur mehr mit der Condemnationssumme lösen; doch ließ man Gnade für Recht ergehen (l. 16. §. 6. eod.). Auch Gegenansprüche des Beklagten können hier wie bei der rei vindicatio (S. 245.) zur Moderirung des Restitutionsbefehles, möglicherweise zur Absolution führen (l. 29. §. 2. D. eod.). Ward der Beklagte nicht als Besitzer, wohl aber, daß er sich arglistig des Besitzes entäußert, befunden, so traf ihn, wofern er das Pfand nicht noch beischaffte, Condemnation, nach Maßgabe des Würderungseides, der hier wie in anderen dinglichen Klagen auf die Sache, nicht etwa auf die Schuld ging (l. 16. §. 3. cit.). Auf (nicht mitverpfändete) Früchte der Sache kann der Richter hier selbst dann nicht schlechthin arbitriren, wenn solche vorhanden sind, (l. 16. §. 4. eod.); auf körperliche Accessionen des Pfandes dagegen erstreckte sich von selbst auch Pfandrecht und Pfandklage (l. 16. pr. §. 2. eod.).

Fassen wir einige Punkte der Formel noch besonders in's Auge, so ergibt sich hier schon die Lehre von der pignoris solutio. „Si paret e a m r e m ... pignori obligatam ... esse ..“ Wie wenn die eingeklagte Sache nicht mehr ganz dieselbe ist, wie die verpfändete? das Pfandrecht ist zäher als der Usus-fructus (S. 278.); pignoris mutatio ist keine pignoris solutio (l. 16. §. 2. l. 29. §. 2. l. 35. eod.); der Spezification dagegen kann auch das Pfandrecht nicht widerstehen (l. 18. §. 3. D. pign. act.) — jedoch wohl nur dann nicht, wenn ihr auch das bisherige Eigenthum unterliegt [vgl. *Voët, comm. ad Pand. XX. 6. §. 14. — Idemque dicendum, si ex massa obligata scyphi etc.*]. Um so sicherer zerstört der Untergang der Sache auch Pfandrecht (l. 8. pr. D. h. t. 20, 6.) und pignoris vindicatio; „ea res“ kann nicht mehr designirt werden. — Auch rechtliche Veränderung der Sache z. B. in der Person des Eigenthümers sollte das Pfandrecht nicht aufheben, darum nur intendirt werden, daß die Sache „damals“ dem Verpfänder gehörte. Hat aber der Verpfänder sein Recht nachher nicht nur verloren, sondern so verloren, als ob er es nie gehabt hätte, so ist auch das Pfandrecht erloschen (l. 3. D. h. t. l. 4. §. 3. D.

in diem add. 18, 2. vgl. mit l. 4. pr. D. h. t.); der Pfandklage konnte wahrscheinlich selbst noch nach dem Buchstaben der Formel vorgebeugt werden: z. B. durch die Einrede (nicht exceptio), die res sei inemta, falls Kläger behauptete, daß sie vom Verpfänder gekauft gewesen. Hat ein Emphyteuta (Inhaber eines ager vectigalis), Superficiar, Usufructuar verpfändet, so endigt das Pfandrecht mit Einziehung der Emphyteuse ꝛc. (l. 31. D. pign.); daß auch die Pfandklage, folgt aus der Formel; denn sicher war als res nicht der betreffende fundus, überhaupt nicht das corpus, sondern das betreffende jus in re bezeichnet und sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit (l. 8. pr. D. h. t.); es fehlte an der zu bezeichnenden Sache. Mit dem Pfandrecht des ersten Gläubigers erlischt auch das des Afterpfandgläubigers (l. 1. l. 2. C. si pignus pignori 8, 24.), und länger dauert für letzteren auch der dingliche Schutz nicht (l. 1. cit.); dieser stund nur utiliter zu, vermuthlich unter der Bedingung, daß die bezeichnete Sache durch denjenigen verpfändet worden, dem sie obligirt sei. Das Pfandrecht erlischt auch dadurch, daß Gläubiger das Pfand erwirbt; dadurch häufig auch das Interesse zur Pfandklage, nicht so das formelle Recht zu derselben. Wenn nun Gläubiger unredlicher Weise zu demselben griff — etwa gegen denjenigen, der später usucapirt hatte — wird eine exceptio nothwendig gewesen sein; wo dagegen die Billigkeit für ihn war, ließ man der Form Rechtens Lauf (S. 302.). — Wenn Confusion eintritt: des Pfandgläubigers mit dem Schuldner, kommt darauf an, ob jene pro solutione (debiti) gilt (l. 71. D. fidej. 46, 1.), oder nicht; im ersteren Falle erlischt das Pfandrecht, die Pfandklage fand nach ausdrücklicher Bedingung (si neque solutum etc.) nicht mehr statt; im anderen Falle stund der Pfandklage keine formelmäßige Bedingung im Wege, und dieses nahm man denn auch zu Gunsten der erloschenen, aber ungezahlten Forderung wahr (l. 59. pr. D. ad SC. Treb. l. 30. §. 1. exc. r. jud. 44, 2.). Pro solutione gilt nun aber auch die in der Formel neben der solutio aufgestellte satisfactio (l. 52. D. solut. 46, 3.), welche in solutum datio, Compensation (l. 3. C. luit. pign. 8, 31.), gewiß auch Novation (arg. l. 31. §. 1. D. nov. 46, 2.), Leistung des vom Gläubiger über das Pfandrecht, also wohl auch des

über die Forderung (l. 13. D. h. t.) deferirten Eides (l. 5. §. 3. D. h. t.), sowie Annahme neuer Versicherungen an Pfandes Statt (l. 5. §. 2. l. 14. eod. l. 9. §. 3. D. pign. act. vgl. l. 6. §. 2. h. t.) in sich begreift; selbst Vertheidigung und Absolution des Schuldners mußte der Gläubiger vielleicht als Satisfaction hinnehmen (l. 13. D. cit.). Wie Acceptilation und pactum d. n. p. als satisfactio erscheinen können, ist schwerer einzusehen; aber ließ man den Namen satisdatio für sie noch gut sein [*„solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis sufficit“ l. 49. D. solut. 46, 3.*], so konnte das nicht minder von satisfactio gelten: ist es doch nicht unwahrscheinlich, daß in l. 49. cit. „satisfactionis“ statt „satisdationis“ stund (Keller, agf. Rec. S. 987.). Für noch andere Pfandlösungen aber hat das „neque satisfactum“ schwerlich mehr „ausgereicht.“ Eine bloße pignoris remissio (ohne Dazwischenkunft einer anderweitigen Deckung) [worüber *C. 8, 26. l. 5. pr. l. 8. §. 1. — §. 5. D. h. t. l. 1. §. 1. D. lib. leg. 34, 3; l. 4. §. 1. §. 2. l. 8. §. 6 — §. 18. l. 9. §. 1. l. 11. l. 12. pr. D. h. t.*] scheint allgemein eine besondere exceptio erfordert zu haben; für das pactum ne (pignus) petatur, ist dies bezeugt (l. 17. §. 2. D. pact. 2, 14.); in l. 8. §. 9. h. t. erscheint der Gläubiger, cujus voluntate veniit als einer cui nondum satisfactum est; wenigstens diese Gestalt einer pignoris remissi exceptio [*„si non voluntate creditoris veniit“ l. 8. §. 9. cit.*] wird im Edicte proponirt gewesen sein (arg. l. 8. §. 11. eod. vgl. l. 4. §. 1. eod. „exceptionem . . . nocere“). Auch Endigung des Pfandrechts durch Ablauf seines Termines (l. 6. pr. eod.), durch Pfandverkauf, [worüber *l. 1. C. si antiquior creditor pignus vendiderit 8, 20. l. 6. C. qui pot. 8, 18.*], durch Pfandverjährung [d. i. Ersitzung der Freiheit vom Pfandrecht: *l. 5. §. 1. l. 12. D. div. temp. praescr. 44, 3; l. 12. C. praescr. l. t. 7, 33. l. 8. pr. C. praescr. 30. vel 40. a. 7, 39; l. 8. §. 1. eod.; l. 1. l. 2. C. si adv. creditorem praescr. opp. 7, 36. l. 7. pr. §. 3. C. praescr. 30. vel 40. ann.* vgl. Sintenis, Pfdr. §. 59. *D.*, Schmitthenner, Ersitzung der Pfandfreiheit, in Schäffer's Archiv für pract. Rechtsw. *I. 6.* Arndts P. §. 390.] enthalten keine Satisfaction (arg. l. 6. pr. D. h. t.); der letzte von diesen 3 Fällen führte zu einer praescriptio, der erste zu

einer eigenen exceptio; überhaupt läßt sich vermuthen, daß mehrere Exceptionen, welche unter dem „neque solutum vel satisfactum“ nicht begriffen waren, als Einschiebsel anstatt oder neben dem „neque solutum v. s.“ in stehender Formel proponirt, und dann noch generell Exceptionen für alle die Fälle verheißen waren, in denen neque solutum vel eo nomine satisfactum, und doch „aliqua ratione pignoris obligatio finita“ wäre [vgl. *l. 6. pr. cit.* und die Untersuchungen über Liberirung der Hypothek in den Commentaren zur *formula hypothecaria,* z. B. *l. 5. l. 7. D. h. t.*]. — Gesetzt daß „praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria“, scheint es einer Exceptio nicht bedurft zu haben, obschon die Bedingungen der Klage da waren (verum est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est); die Macht der Vermittlung dürfte dem Richter schon nach allgemeiner Fassung der Klage zugestanden haben (ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt etc. l. 13. §. 5. D. pign.).

Eine Abwendung unserer Pfandklage ist aber noch möglich, trotzdem daß pignoris obligatio besteht. So wenn für betagte oder künftige Forderungen verpfändet und vor der Zeit geklagt wird. Doch ist nicht immer „vor der Zeit“ geklagt, wenn vor dem Eintritt des Termines oder der Forderung geklagt wird. Insofern überall hier sofortiges Pfandrecht entsteht (S. 294.), ist ipso jure überall auch sofortige pignoris persecutio (nicht distractio) gegründet; sofortige Pfandfolge scheint uns die Hauptwirkung des sofortigen Pfandrechts. Selbst exceptionsweise aber konnte die vor dem dies etc. angestellte Klage nicht immer abgewendet werden; vor allem mußte sich fragen, ob ein Faustpfand-, oder ein hypothekarischer Gläubiger —; dann ob der hypothekarische Gläubiger vor oder nach erlangtem Besitze —; ob er gegen den Verpfänder selber oder einen Dritten klagte; und wenn er gegen den Verpfänder selber klagte, ob Gefahr auf Verzug sei, oder nicht; darnach möchte sich l. 14. pr. D. pign. im Gegensatze zu l. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. l. 10. C. pign. und Theophilus zu §. 3. J. interd. [vgl. Keller, gegen Bachofen a. a. O. S. 967.] erklären. Ferner kann, trotzdem daß pignoris obligatio besteht, Gläubiger gezwungen werden, seine Befriedigung anderweitig zu

suchen (s. g. beneficium excussionis s. ordinis), oder vom Beklagten selbst, wenn er gleich nicht der Schuldner ist, anzunehmen (s. g. beneficium cessionis). Das benef. excussionis wurzelt, in seiner ersten und älteren Hälfte — als s. g. benef. exc. realis — noch im classischen Rechte, unseres Erachtens aber weder in Interpretation [Zimmern, Beiträge zur L. vom Pfandr. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. I. S. 47. Vang. §. 389. Anm. 2. und die dort. Agff.], noch in einem Privilegium nachstehender Gläubiger [Gesterding, Pfandr. S. 390.], sondern in einer „Temperirung der jurisdictio“, bei welcher das jus aequale an speziell und generell verpfändeten Sachen deutlich vorschwebte, nichtsdestoweniger aber temperirt, d. i. zeitlich abgestuft wurde, so daß vorerst zum Spezialpfand gegriffen werden sollte (l. 2. C. pign. Sever. et Anton.). Dieses jus singulare auf den nachgehenden Pfandgläubiger zu beschränken, liegt kein Grund vor; namentlich auch in der Fassung von l. 2. cit. keiner. Auf Interpretatio beruht es unmöglich; denn diese hätte das jus aequale hinweginterpretirt und die Temperirung überflüssig gemacht. Eben darum scheint uns denn auch die Unterscheidung Thibauts (Archiv f. civ. Pr. XVII. S. 1 fg.) zwischen der (unbestimmten) Verbindung eines Generalpfandes mit einer Spezialhypothek und der einer Spezialhypothek mit einem Generalpfand unbegründet (s. dag. Vang. a. a. O. Sint. Pfandr. S. 497.). — Erst in der Nov. 4. c. 2. dagegen hat das s. g. benef. excuss. personalis ihren Grund (vgl. z. B. l. 14. l. 24. C. pign.); übrigens nur für den Fall „si ab aliis (res debitorum) detineantur.“ Der Schuldner selbst hat das Beneficium nicht; dagegen wohl der Bürge, namentlich auch wegen der etwa von ihm selbst bestellten Pfänder; und zwar kann er nicht nur an die Person, sondern auch an die Pfänder des Hauptschuldners verweisen (Nov. cit.); „personale“ ist das Beneficium im letzteren Falle freilich nicht mehr (Arndts, P. §. 378. Anm. 4. a. E.). — Das benef. cessionis, d. i. das Recht, vom Kläger Abtretung der Forderung gegen Zahlung der Valuta, und also Aufrechthaltung des Besitzes zu fordern, hat nur der redliche Erwerber der Sache (l. 19. D. qui pot.); das jus offerendi des nachgehenden Gläubigers glaubten wir schon oben (S. 292.) von diesem benef. cessionis unterscheiden zu müssen.

Endlich kommen wir zu der exceptio des potior creditor, welche weitläufigere Darstellung verlangt.

§. 86. Fortsetzung.

Die Bedingungen der pignoratitia in rem actio sind auch für denjenigen vorhanden, an welchen eine bereits obligirte Sache verpfändet wird. Daß sie bereits obligirt sei, kann am wenigsten der Verpfänder selbst einwenden; einen beliebigen dritten Besitzer geht dies nichts an; anders, wenn der frühere Gläubiger selbst Besitzer ist. l. 12. pr. D. h. t. (20, 4.): Creditor qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata"; sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat: „si non convenit, ut sibi res sit obligata", hic in modum supra relatum replicabit; sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Auf die nächste Frage aber: „Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur —" (Rubrr. Dig. und Cod. h. t.) entnehmen wir die Antwort aus l. 4. C. h. t.: „— sicut prior es tempore, ita potior es jure." Nach all dem, was wir oben, besonders in §. 78. (S. 294 fg.) und §. 79. (S. 298 fg.) ermessen konnten, dürfte man aber wohl die Regel aufstellen, daß für das Alter des (einmal entstandenen) Pfandrechts der Tag der Verpfändung, also des — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Pfandvertrages ꝛc. entscheidend sei. Wir vermögen nur eine einzige Ausnahme zu vertreten: wenn Jemand für eine blos überhaupt mögliche (nicht futura) obligatio ein Pfand bestellt, es auch lediglich auf den Gläubiger ankommt, ob er dieselbe contrahiren will, oder nicht (l. 11. pr. vgl. mit l. 1. pr. D. h. t. S. 294.). Hingegen ist der Satz, daß das ältere Pfand dem jüngeren vorgehe, selber so sehr durchbrochen worden, daß „Priorität" nurmehr im weiteren Sinne des Wortes mit Potiorität gleichbedeutend ist: Interdum posterior potior est priori (l. 5. D. h. t.). Solche Pfandrechte nun, welche ihre Priorität nicht

ihrem Alter verdanken, heißen „privilegirte." [*Nov. 97. c. 3.* „ — *ex privilegiis a legibus datis* —"]. Es sind folgende: 1) das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus wegen rückständiger Steuern (vgl. S. 329.) [*l. 1. C. si propter publ. pens. venditio fuerit celebrata 4, 46:* „— *potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt* —" Worte, die einen zwar naheliegenden, jedoch nicht unabweisbaren Zweifel erregt haben. Wächter, civ. Arch. XIV. 386 fg.]. Das „privilegium fisci" in Ansehung von Contractsforderungen aber bedeutet nicht ein privilegirtes Pfandrecht, sondern schlechthin das desfallsige (Quasi-) Pfandrecht des Fiskus [*l. 2. C. privil. fisc. 7, 73. Fragm. de jur. fisc.* §. *5.* Huschke, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. S. 209.]; daß dieses Pfandrecht nun auch ein privilegirtes sei, wird auf Grund von l. 28. D. j. fisc. (49, 14.) von den Meisten angenommen, wenn es sich gleich mit l. 2. C. cit. und l. 21. pr. D. qui pot. schwer vereinigen läßt [vgl. Vang. §. 386. Anm. 1. 1.]; — 2) das gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos: §. 29. J. act. (4, 6.) l. 12. C. h. t. Justinian. §. 1. „— Quum enim in personalibus actionibus . . . tali privilegio utebatur res uxoria, quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium . . .? — Nov. 91. praef. „—Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiis (*παισί*) —"; 3) das (vertragsmäßige wie gesetzliche) Pfandrecht desjenigen, durch dessen Geld (oder auch Credit — vgl. Vang. a. a. O. Anm. 1. a. E.) das Pfand beschafft oder erhalten ist („hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam") l. 5 — l. 7. pr. l. 3. §. 1. l. 21. §. 1. D. h. t. l. 7. C. h. t. 4) Durch eine Constitution von K. Leo (l. 11. C. h. t.) scheint uns jedenfalls ein Vorzug des öffentlich — in einem instrumentum publicum oder quasi publicum — verlautbarten Pfandrechts vor dem in einer Privaturkunde bekundeten gegründet zu sein [„— *etiamsi posterior is contineatur* —"]; nicht als ob durch die Privaturkunde nicht auch das Alter des Pfandrechts bewiesen werden könnte (Vang. §. 387. Anm.), sondern trotzdem daß in ihr ein höheres bewiesen wird. Da der Vorzug einer gewissen Publicität beigelegt wird, ist er dieser nicht blos vor Privaturkunden, son-

dern vor jeder Bestellung eingeräumt, die entweder der Publicität überhaupt, oder doch der im Gesetz bestimmten ermangelt (vgl. Puchta P. §. 212.). Nach deutschem Rechte kommt die Privat-Hypothek überhaupt nicht in Betracht; nach obiger Constitution kommt das Privatpfand nur neben dem öffentlichen nicht in Betracht; kommt neben diesem das Privatpfand nun einmal nicht in Betracht, so kann nicht weiter gefragt werden, ob es ein privilegirtes sei, oder nicht (vgl. Francke, Beiträge, Abh. 5. Puchta a. a. O.). Das gesetzliche Pfand aber, das auf keiner Handlung beruht, und also dem Gegensatz des Oeffentlichen wie des Privativen entgeht, vermögen wir nicht als Privatpfand zu denken; zu dem gesetzlichen Pfande steht das öffentliche nicht im Gegensatz, nnd also auch nicht im Vortheil [s. dagegen Löhr, im Arch. f. civ. Prax. VI. S. 153. S. 160. XII. S. 159 f.].

Innerhalb mehrerer privilegirter Pfandrechte geht regelmäßig wieder das ältere dem jüngeren vor; aber auch diese Regel erleidet Ausnahmen. So geht 1) wie vorher bemerkt, das öffentliche Pfand dem privilegirten Privatpfand, 2) nach gewöhnlicher Annahme ferner das des Fiskus wegen rückständiger Steuern dem öffentlichen wie allen anderen privilegirten Pfändern [*l. 1. C. si propt. publ. pens. cit.* vgl. *Nov. 97. c. 4.* Wächter, a. a. O. vgl. Vang. §. 386. Anm. 2.] — ohne Rücksicht auf das Alter, vor. Eine dritte Ausnahme, zu Gunsten desjenigen, der zum Ankauf einer „Offiziersstelle“ Geld herleiht, (Nov. 97. c. 4.) kann nicht als geltendes Recht betrachtet werden (vgl. Arndts §. 386. Anm. 3.); eine vierte Ausnahme endlich zu Gunsten des Dotalprivilegiums vor dem für Beschaffung rc. des Pfandes existirt nicht; Nov. 97. c. 3. will das Dotalprivilegium nur vor dem hergebrachten Vorrang des zuletzgenannten Privilegiums schützen [*„— volumus igitur secundum hoc, ut si quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere“*], mitnichten einen solchen Vorrang umgekehrt für das Dotalprivilegium aufstellen (vgl. Vang. a. a. O.). — Privilegien, welche auf Beschaffung oder Erhaltung des Pfandes beruhen, müßen nach demselben Gesichtspunkte auch unter einander privilegirt sein (vgl. Puchta P. §. 211.); ebendarnach können sie sich aber auch gleich sein (l. 7. pr. D. h. t.). — Wir kommen

zur letzten und interessantesten Frage: Ob alle diese Privilegien auch zurückwirken, gegen die Pfandgläubiger des früheren Pfandeigenthümers? Vor Thibaut wurde sie verneint; Er zeigte, daß man es ohne zureichenden Grund that, und erschütterte dadurch die Praxis (civ. Abhandl. Nr. 13. S. 311.). Wächter selbst gibt zu, ja führt es aus, daß alle die allgemeinen Sätze und Prinzipien, weshalb die Frage früher verneint wurde, falsch seien; macht aber bemerklich, daß die Frage aus blos allgemeinen Gründen auch nicht bejaht werden könne; Er erst hielt die Frage an die einzelnen Privilegien, und fand, daß die ältere Lehre dennoch im Rechte war (Arch. f. civ. Prax. XIV. Nr. 15.). Nur das ist schwer einzusehen, daß selbst das Privilegium dessen, der das Pfand vor Untergang gerettet hat, nicht zurückwirken soll. Etwas Besonderes gilt bei Grundabgaben [Wächter, a. a. O. S. 385. *arg. l. 7. D. publican. et vect. 39, 4. l. 36. D. j. f. 49, 14. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse 4, 47.*]. —

So viel darüber, wer potior sei. Dieser Comparativ einer größeren Mächtigkeit scheint aber einzig aus Anlaß der pignoris persecutio entstanden und begründet zu sein; in Ansehung der pignoris distractio hat der nachgehende Gläubiger, wie wir sehen werden, keine Macht, in Ansehung des Pfanderlöses aber nur eine bedingte. Bezüglich der pignoris persecutio dagegen hat er keine blos bedingte oder eventuelle, sondern — wie l. 12. pr. D. cit. deutlich zeigte — eine zwar beschränkte, aber vorhandene Macht (l. 12. §. 7. D. h. t.). Da das Pfandrecht wesentlich in pignoris persecutio besteht, können wir dem nachgehenden Pfandgläubiger Pfandrecht, und zwar sofortiges Pfandrecht nicht absprechen [s. dag. Gesterding, Pfdr. S. 168 fg. Löhr, Arch. f. civ. Pr. *XIV.* S. 168 fg. und über *l. 9. §. 3. D. h. t.* besonders Windscheid, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. *III.* S. 426.]. In der Schwäche, der dieses Pfandrecht durch die exceptio oder replicatio potioris, sowie durch die ausschließliche distrahendi potestas des vorgehenden Gläubigers ausgesetzt ist, kann es „gestärkt" werden; nicht etwa dadurch, daß das vorgehende Pfandrecht wegfällt, sondern während und trotzdem daß das nachgehende, zu stärkende, Pfandrecht das nachgehende bleibt: dadurch daß der nachgehende Gläubiger in das Pfandrecht des

früheren succedirt [*l. 1. l. 5. C. h. t. l. 22. C. pign. Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus* —]; vermittelst seines stärkeren Pfandrechts hilft er seinem schwächeren [*l. 11. §. 4. D. h. t.; l. 5. pr. D. distr. pign. 20, 5; l. 12 §. 6. D. h. t.*]. Auf diesen Eintritt in das stärkere Pfandrecht hat er ein Recht [*„jus offerendi" l. 3. pr. D. distr. pign.*], und kann ihn unter der Voraussetzung, daß er „alles" (l. 5. C. h. t.) zahlt, oder im Weigerungsfalle an Zahlungsstatt deponirt (l. 1. C. h. t.) bewirken; Exceptionen gegen den (hypothecaria actione) klagenden — Repliken gegen den excipirenden potior creditor erwirbt er schon durch die bloße Bereitschaft zu zahlen (l. 12. §. 1. D. quib. mod. pign.; l. 11. §. 4. D. h. t.). „Alles" aber zahlt er, wenn er zahlt, wofür dem stärkeren Pfandgläubiger das Pfand zu Pfandrecht (l. 1. in fin. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 27.), und wofür es diesem zu seinem stärkeren Pfandrecht (l. 20. D. h. t.) haftet. —

Neben und nach der Priorität behandeln Digesten und Codex die s. g. hypothekarische Succession überhaupt [*D. qui potiores . . habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt; C. 8, 18: qui potiores etc. 8, 19: de his qui in priorum creditorum locum succedunt*], als einen Weg zur Priorität. Natürlich verlangte auch die exceptionsweise Vorschützung dieser künstlichen Priorität eine andere Formulirung, als die gemeine exceptio aus pignus potius (über die klagweise Geltendmachung vgl. oben S. 336.). Die meisten noch übrigen Fälle dieser Succession sind oben S. 302. erwähnt. Außerdem findet diese Succession sicher noch dann statt, wenn irgendwer dem Schuldner ein Darlehen gibt, und überdies die dreifache Bedingung stellt, „ut antecedens dimitteretur" (l. 3. D. quae res pign.) — „ut sibi eadem res esset obligata" (l. cit.) — „et locum ejus subeat" (l. 12. §. 8. D. h. t.) [vgl. übrigens Gesterding, Pfdr. S. 318.]. Dasselbe gilt, wenn ein Dritter dem Schuldner zu demselben Zwecke den Verkauf anderweitiger Pfänder gestattet (l. 12. §. 9. eod.). Daß jeder Pfandbesitzer schon als solcher durch das Offert der Zahlung pignoris persecutio nicht nur abwende, sondern selbst erhalte, d. h. an die Stelle des abgefundenen Klägers succedire, ist nirgends bezeugt

und geht namentlich aus l. 12. §. 1. D. quib mod. nicht hervor [vgl. *l. 19. D. h. t.* Gesterding, Pfdr. S. 308. *Haubold, diss. de jure off. in Opusc. I. cap. I. §. 2. p. 574. — Omnino enim (jus off.) aut tollendi aut confirmandi pignoris gratia competit: cap. IV. §. 5.* Sint. Pfdr. S. 423. dag. Glück, *XIX* §. 1097. S. 376.]. Günstiger scheint uns die Sache zu stehen, wenn einmal der stärkere Gläubiger das jus offerendi (gegen den schwächeren) in Anspruch nähme, z. B. um einem Prioritätsstreite auszuweichen; dies hätte keinen Sinn ohne hypoth. Succession („secundum creditorem dimittere non prohibetur") Paul. R. S. II. 13. §. 8; der schwächere kann den stärkeren zur Abfindung nicht „zwingen" (l. 5. C. qui pot.), ihm aber, „wenn er will", (si voluerit) „nicht widerstehen" (non prohibetur) Paul. R. S. cit. Wider die allzuleichte Gegenbemerkung Zimmerns (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. S. 53.) und seiner Anhänger s. Vang. §. 377. Anm. 1. Noch wissen die Quellen von einem Falle, in welchem creditor in suum locum succedit [*l. 3. pr. l. 12. §. 5. D. h. t.;* wegen der s. g. *necessaria novatio* vgl. *l. 13. §. 4. D. pign.*]; — und endlich fragt man, ob rechtskräftiges Urtheil den Grund zu einer hyp. Succession abgeben könne. In demjenigen Falle nun, den l. 16. D. qui pot. besonders setzt [„— *Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam* —"], ist die fragliche Succession ausdrücklich in Abrede gestellt [„— *igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit* —"]. Ohne Zweifel ist sie aber allgemein, also auch für den anderen Fall, daß der dritte Gläubiger klagt und siegt, in Abrede gestellt. Denn genauer ist unsere Frage die: ob der dritte Gläubiger, indem er den ersten überwindet, hiemit auch den zweiten überwunden; die Ueberwindung des ersten Gläubigers durch den dritten aber hat einige Verwandtschaft mit dem Falle, wo der dritte den ersten auslöst („— cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit —"), und also „fuerunt . . . qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere"; dieses verwirft nun aber Africanus ganz allgemein [„*mihi nequaquam hoc justum esse videbatur*"], und „setzt" dann blos den einen der beiden Ueberwindungs-Fälle, nicht als ob für den anderen anderes, sondern

weil für beide dasselbe gilt. Africanus verwirft aber die Meinung seiner Gegner, weil er als Grundlage der angeblichen Potiorität nur die exceptio rei judicatae zu denken vermochte, und aber nicht finden konnte, daß diese das Uebergewicht dem Dritten über den Zweiten gebe, oder (selbst wenn der Zweite den Dritten — den Besieger des Ersten — besiegt hätte) dem Ersten über den Zweiten nehme [*„num quid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primum vicit, exceptione rei judicatae uti potest? etc.*]. Folgeweise verwirft Africanus nun auch die successio in locum primi creditoris [*„Igitur nec tertius creditor successit etc.*]. Des Africanus Gegner scheinen in demselben Irrthum gewesen zu sein, von dem noch heute nicht Alle frei sein dürften: daß nämlich der siegreiche Dritte in unmittelbarer Folge seines Sieges, nicht erst durch Vermittlung der exceptio rei judicatae, den Platz des Besiegten einnehme, den Zweiten also, nicht erst durch exceptio r. j., sondern von seinem Platze aus überwinde. Aber des Africanus Gegner denken für beide Fälle so, gleichviel, ob der Erste, oder der Dritte Kläger war; die unsrigen nur für den letzteren. Warum nicht auch für den ersteren? weil „ohnedies ein circulus inextricabilis „entstehen würde; denn soll der Dritte, welcher den Ersten be„langt und besiegt hatte, nicht in dessen Stelle eintreten, so „würde er dem Zweiten unterliegen, dieser aber wieder dem „Ersten; und von dem Ersten würde dann wieder der Dritte, „in Gemäßheit der res judicata das Pfand abholen, von wo „dann der frühere Kreislauf wieder von Neuem beginnen würde. „Hat der Dritte als Verklagter ein obsiegliches Urtheil erhal„ten, so fällt dies weg, weil das blos absolvirende Urtheil ihn „nicht befugt, die Sache von dem Ersten abzuholen; und von „diesem Fall redet die l. 16. cit., so daß dieselbe, wenn sie „freilich auch nicht für die Annahme einer Succession angeführt „werden kann, doch gewiß auch nicht gegen eine solche entschei„det. — — — Gewiß ist demnach, um (für den Fall, wo der „Dritte geklagt) einen circulus inextricabilis zu vermeiden, die „Annahme einer hypothekarischen Succession das einzige Mit„tel —“ (Vang. §. 377. Anm. 2.). Also nicht rechtskräftiges Urtheil, nicht Ueberwindung des Ersten durch den Dritten, nicht

exceptio r. judicatae ist Grund dieser Succession, sondern der circulus inextricabilis; in dem einen Falle, wo kein solcher Cirkel vorkommt, bleibt Alles auf seinem Platze, in dem anderen dagegen, wo und weil er sonst vorkäme, wird der Dritte auf den Platz des Ersten gesetzt. Zu guter Letzt hätten wir also eigentlich eine hyp. Succession des vitiosen Cirkels. Indessen dürfen wir wohl fragen, warum denn, um den Kreislauf zu unterbrechen, gerade der Dritte auf den Platz des Ersten gesetzt wird? Dann muß wiederholt bemerkt werden, daß nach der Anlage und dem Gedankengang der Quästio Afrikanus wie seine Gegner für beide Fälle der Ueberwindung Einen Entscheid hatten. Endlich ist es uns zweifelhaft, ob derselbe circulus inextricabilis nicht auch dann vorkommen könne, wenn der Dritte Verklagter war und absolvirt würde: deswegen, weil er die exceptio potioris vorgeschützt und erwiesen hatte. Das Urtheil soll ihm nicht erst eine Klage (die er schon hat), sondern blos die replicatio geben, daß über die exceptio potioris stillschweigend auch des Ersten bereits gesprochen sei. Dies halten wir für möglich (S. 151 oben, S. 154 unten), so denn auch hier denselben Kreislauf — wenn Prozesse so geläufig wären wie Gedanken, oder der Dritte sich nicht entschließen sollte, demselben durch Offert an den Zweiten ein Ziel zu setzen (Bachofen, Pfdr. I. S. 520.). Auch außerdem fände er sein Ziel: in pignoris distractio, deren unseres Erachtens immerfort noch der erste Gläubiger mächtig ist, nur daß bezüglich des Erlöses der Dritte als Erster, und der Erste als Dritter zu behandeln wäre — jedoch unbeschadet der Rechte des Zweiten gegen den Ersten [so daß der Dritte an erster Stelle nie mehr, als was auf den Ersten träfe, anzusprechen hätte], und unbeschadet der Rechte des Ersten gegen den Zweiten [so daß wenn die Forderung des Dritten kleiner wäre als die des Ersten, der Ueberschuß auf den Ersten noch in erster Stelle träfe]. Mit seinem ungedeckten Ueberschuß müßte der Dritte selbstverständlich dem Ersten auch an dritter Stelle vorgehen; erst dem Vierten ginge wieder der Erste vor (vgl. dazu Vang. a. a. O.).

In allen Fällen der s. g. hyp. Succession findet der Eintritt in eines Anderen Pfandrecht ohne Cession, wie wir glaubten (S. 292. vgl. Gesterding S. 318.) auch ohne fingirte Ces-

sion, ja häufig selbst wider Willen des Anderen (l. 1. C. h. t. 8, 18. l. 12. §. 6. D. h. t.) statt. Hingegen erscheint mit dem nomen auch das Pfandrecht mit cedirt, sei es daß dies ausdrücklich geschehen ist, oder nicht (l. 6. D. her. et act. vend. 18, 4. l. 7. C. obl. et act. 4, 10. l. 29. pr. D. ad SC. Vell. 16, 1.). —

Die bisher behandelte Potiorität, mag sie nun unmittelbar, oder vermittelst Succession, entstanden oder erworben sein, ist eine Priorität, d. h. grundsätzlich und regelmäßig auf Zeit beruhend. Es gibt aber auch noch einen Vorrang durch Besitz (l. 10. D. pign. vgl. l. 16. §. 8. eod.; l. 14. D. h. t.); und einen durch das stärkere Recht des Verpfänders (arg. l. 18. D. pign.).

Zwischen den mehreren „prätorischen“ Pfandgläubigern (S. 331.), „die aus gleichem Grunde immittirt werden“ (Arndts P. §. 384. Anm. 3.) gibt es keine Priorität (l. 5. §. 3. D. ut in poss. leg. 36, 4.).

§. 87. Fortsetzung.

Pignoris exsecutio besteht

II. in pignoris distractio. Pignoris persecutio ist noch nicht die endliche exsecutio [*„exsequi jus obligationis pignorum“ l. 8. C. mand. 4, 35.*]; bewährt sich als eine Verfolgung und Geltendmachung der pignoris obligatio, indem sie die Haftbarkeit des Pfandes zum Besitze, das pignoris jure rem teneri zum pignoris jure rem tenere steigert, wird sogar häufig mittelbar den Schuldner zur Zahlung drängen und also für sich allein schon den Zweck des Pfandrechts erfüllen; allein sie selbst ist an und für sich nichtsdestoweniger keine Erschöpfung der pignoris obligatio — weder unmittelbar noch nothwendig pignoris solutio. Erst pignoris distractio, Zahlung des Gläubigers bezweckend, ist pignoris (obligationis) exsecutio, solutio überdies eine der pignoris obligatio eigene solutio, da sie nicht nur Befriedigung des Gläubigers, sondern Befriedigung aus dem Pfande verfolgt. Erst durch pignoris distractio vollendet sich auch das Seitenstück der rei obligatio zur personae obligatio, indem nunmehr das Pfand nicht nur haftet, wie die Person,

sondern auch zahlt — d. i. zur Prästation gezogen wird — wie sie. Hugo bemerkt, daß auch pignus „distrahere“ in die Obligationen-Terminologie des Pfandrechts gehört [Civ. Mag. Anm. zu „Riedel, *obligatio*“ a. E. S. 117.]; wir müssen das Augenmerk noch weiter darauf richten, daß „distrahere“, der Gegensatz von contrahere (Gaj. III. 91.), früher ein solvere, als ein vendere, bedeutet, ja daß es die Bedeutung eines Verkaufes zuerst im Schuld- und Pfandrecht erlangt haben möchte. Wie der Digestentitel de distractione pignorum et hypothecarum (20, 5.) als eine Abzweigung des Titels: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur (20, 6.) erscheint, so sonderte sich die pignoris „distractio“ von ihrer allgemeinen Bedeutung als Pfandlösung ab, um fortan derjenigen Art der Pfandlösung allein anzugehören, welche wir als die der pignoris obligatio eigene solutio bezeichnet haben. Solutio durch Zahlung, Compensation, jede Art der Satisfaction rc. theilt die pignoris obligatio mit der personae obligatio; Lösung durch Verkauf hat die pignoris obligatio allein behalten; zudem ist die Lösung durch Verkauf eine durch das Pfand, von innen, nicht von außen her.

Wiewohl nun darnach pignus „distrahere“ mit pignus „vendere“ gleichbedeutend geworden ist (z. B. l. 4. D. h. t. 20, 5.), so pflegt doch auch noch der neuere Sprachgebrauch denjenigen Pfandverkauf, der pignoris distractio im ursprünglichen Sinne des Wortes, d. h. pignoris solutio ist, auszuzeichnen. Häufiger nämlich heißt ein gemeiner Verkauf der Pfandsache („res pignerata, obligata“), der nicht pignoris solutio ist, nicht pignoris distractio, venditio [vgl. *l. 19. §. 6. l. 66. pr. D. furti 47, 2. l. 1. C. prec. et salv. 8, 9. l. 12. C. h. t. 8, 28. l. 10. C. remiss. pign. 8, 26. l. 34. pr. D. pign.*]; vielmehr scheint dieses Wort für die echte pignoris distractio (solutio) vorbehalten (z. B. l. 3. pr. l. 7. pr. l. 9. pr. l. 13. D. h. t. etc. und nun auch l. 7. §. 2. eodem. vgl. Puchta, Vorl. Beil. XIV.); als einen festen und ausschließlichen aber kann man diesen Sprachgebrauch nicht bezeichnen [*arg. l. 3. §. 1. l. 12. pr. eod.*].

Die Macht zum gemeinen Verkauf nun, überhaupt zur Veräußerung der Pfandsache gibt der Eigenthümer durch die

Verpfändung derselben nicht auf [*l. 12. pr. eod. l. 12. C. h. t. l. 1. C. prec. et salv. 8, 9.*]; das Gegentheil kann ebensowenig daraus, daß er oft nicht veräußern **darf** (l. 19. §. 6. l. 66. pr. D. furt. 47, 2.), als daraus, daß er häufig voluntate creditoris veräußert, gefolgert werden; durch Veräußerung ohne Wissen und Willen des Gläubigers begeht er (an Mobilien) leicht ein furtum, ohne daß darum die Veräußerung nichtig wäre; und wo er auch kein furtum beginge, fragt es sich, ob er die Sache „gebunden" oder pfandlos veräußern will; zu letzterem nun hat er an sich keine Macht [*l. 3. §. 1. D. h. t. l. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. l. 15. C. pign. 8, 14: Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes*], dazu braucht er den Gläubiger [*l. 10. C. rem pign. 8, 26: Res pignoris hypothecaeve jure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes praecedentem non dissolvunt obligationem; l. 7. pr. D. quib. mod. pign.: Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca* —]. Der Eigenthümer hat also nur die gemeine Verkaufsmacht; die echte pignoris distractio (solutio) ist eine Macht des Gläubigers (arg. l. 1. C. si vendito pignore agatur 8, 30; arg. l. 17. C. h. t.). Abgesehen vom pignus in c. j. captum [wo sie der Richter hat: *l. 2. C. si in c. j. p. c. sit 8, 23.*; bei sonstigen Pfändern hat sie auch heutzutage der Gläubiger, nur die Ausübung pflegt beim Richter zu sein; s. übrigens Seuff. pract. Pand. R. §. 204. Anm. 3.] kommt es als sehr vereinzelte, zum Theil späte Ausnahme vor, daß ein Anderer die Sache pfandfrei verkaufen kann [*§. ult. J. usuc. 2, 6.* Darüber ob diese Ausnahme heutiges Recht sei, vgl. Sint. pract. gem. Civilr. §. 39. Anm. 4; — *l.* 22. §. *6 — 8. C. jure delib. 6, 30.*]. Aber nur der erste Gläubiger hat diese Macht (arg. l. 5. pr. D. h. t.); er jedoch so, daß durch Ausübung derselben nicht nur seine eigene, sondern auch die nachgehenden pignoris obligationes gelöst werden (l. 3. pr. D. h. t. l. 1. l. 2. C. si antiquior creditor pignus vendiderit 8, 20. l. 6. C. qui pot. 8, 18.).

Die Ausübung dieser pignoris distr. potestas [„— *vendendi pignoris potestas exerceatur*" *l. 4. D. h. t.*] ist weder nach der veräußernden, noch nach der pfandlösenden Seite der pignoris distractio wirksam möglich vor Fälligkeit der Schuld [im Allgemeinen *l. 4. D. h. t. l. 5. §. 1. D. quib. mod. pign.*; im Besonderen: *arg. l. 7. C. h. t.* „— *non reluctante lege contractus* —"; — *l. 3. pr. D. h. t.* „— *jure conventionis* —"]; es rechtfertigt sich dies aus den alten pactis de vendendo, die, wo der Pfandgläubiger Eigenthümer wurde, den Verkauf nicht vorher zu erlauben, sonst die Verkaufsmacht selber nicht vorher einzuräumen pflegten (S. 310.). Dagegen scheint mit den Worten „ut si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, vendere liceret" von aller ferneren Weiterung, insbesondere Denuntiationen und Interpellationen, Umgang genommen [Bachofen, Pfdr. I. S. 640. Nr. 3.]; und nur für den Fall, daß „simpliciter" (ohne pactum d. v.) oder mit dem pactum „ne distrahatur" verpfändet würde, schon in classischer Zeit die Nothwendigkeit einer dreimaligen Denuntiation aufgekommen (Paul. R. S. II. 5. §. 1; l. 4. D. pign. act. Bachofen, a. a. O. S. 164. Anm. 7.). Allein diese dreimalige Denuntiation ist doch wohl die Multiplication einer einfachen; daß letztere, wenn nicht „simpliciter", sondern so ut vendere liceret, verpfändet worden, nothwendig war, beweist l. 4. C. h. t. Justinian führt die allgemeine Nothwendigkeit einer Denuntiation nicht ein, sondern findet sie vor (l. 3. §. 1. C. de jure delib. 8, 34.); so viel uns dünkt, als ein Stück der bona fides, die zur pignoris distractio gehört [vgl. *l. 4. C. cit.* „— *notum debitori facere et sibi bona fide rem gerere*" — *l. 9. eod.*: „— *bona fide debetis et solemniter vendere; ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit* —"], und das eben darum nicht eigens bedungen zu werden braucht [dag. Bachofen a. a. O. S. 164. Anm. 8, der sich aber nur auf *l. 63. D. fidej. 46, 1.* beruft]. Wohl aber scheint etwas anderes oft bedungen zu sein: daß selbst nach erfolgter Denuntiation Gläubiger mit dem Verkauf noch eine gewisse Zeit innezuhalten habe; und diese Frist nun ist es, welche Justinian in l. 3. §. 1. C. cit. für diejenigen Fälle festsetzt, in denen nichts anderes ausgemacht wurde [„— *si quidem in*

pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore etc."]. Seine besondere Frist hat das pignus in c. j. captum (l. 31. D. re jud. 42, 1.). Nach all dem wird in den meisten Fällen, wo zum Verkauf geschritten wird, mora solvendi da sein; doch decken sich mora solvendi auf der einen, und Denuntiation und Nichtzahlung auf der anderen Seite nicht vollkommen, und also die Streitfrage, ob auch mora solvendi Voraussetzung des Pfandverkaufs sei (Vang. §. 379. Anm. 3.). Ihre Behauptung steht aber unerwiesen da (z. B. bei Puchta P. §. 205.). Dagegen können wir uns nicht überzeugen, daß selbst mora accipiendi den Verkauf nicht hemmen soll (Vang. a. a. O.). Pignoris persecutio stünde dem Gläubiger in mora accipiendi nicht zu [„*vel si per eum factum sit, quo minus solveretur*" S. 335.]; l. 5. C. h. t. bezeichnet den Verkauf unter solchen Umständen als improba alienatio, welche „proprietatis tuae jus non auferet"; in dem Rescripte der l. 8. eod. lag ein Fall vor, in dem nicht blos angeboten, sondern zudem deponirt war; daraus folgt nicht, daß die Entscheidung „pignoris distractio non valet" bei bloßem Angebot nicht erfolgt wäre. Aber l. 2. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse (8, 29.) fordert allgemein Deponirung. Daß alles, bis auf Heller und Pfennig angeboten sei, vermag wohl nur eine contestirte Deposition darzuthun [„— *idonea fide probationis ita, ut oportet, depositum ostendat* —"; vgl. *l. 8. cit.* „*Si — facta contestatione, eam deposuisti* —"]; also nur sie den Beweis zu liefern, daß der Verkauf „des Einwendens, als ob vom Schuldner nicht alles, so er zu zahlen schuldig, offeriret worden, ungeachtet" — gleichwohl nichtig sei. All das, sowie den Satz, daß, um den Verkauf zu hemmen, Alles angeboten sein müsse, sagt und will unsere Stelle sagen [„*Debitoris denuntiatio . . . ita demum efficax est, si universum . . . offerat debitum creditori, eoque non accipiente idonea fide . . . depositum ostendat. Nam si vel modicum . . . in debito perseveret, distractio rei obligatae non potest impediri . . .*"]. Wir geben zu: wer wegen „gemachten und nicht angenommenen Zahlungsofferte s" den Verkauf anfechten will, soll abgewiesen werden, wofern er sich nicht auf die erforderliche Deposition be-

rufen kann. Allein 1) in der Deponirung ist nur ein gewisses Beweismittel gefordert. 2) Indem bewiesen werden soll, daß alles offerirt worden, soll bewiesen werden, daß Gläubiger in mora accipiendi war; denn ohne daß alles offerirt wird, ist mora acc. nicht möglich. 3) Das Erforderniß der Deponirung ist also kein Beweis gegen (Vang. a. a. O.), sondern einer für das der mora accipiendi. Die mora accipiendi nimmt dem Gläubiger nicht nur pignoris persecutionem, sondern auch distractionem; sie ist Grund der Veräußerungsnichtigkeit, und sie ist es, welche — als Nichtannahme der richtig und vollständig offerirten Schuld — in gebundener und bündiger Weise bewiesen werden muß. Würde jedoch der vindicirende Schuldner darthun können, daß Gläubiger auf das Offert überhaupt nicht eingegangen, vielmehr ohne die Richtigkeit oder Vollständigkeit desselben zu prüfen oder zu bestreiten, zum Verkaufe geschritten [*l. 5. cit. „— oblato . . ad venditionem prosiluerit —"*], dann wäre die Veräußerung (als improba) auch ohne Deponirung nichtig (l. 5. cit.). — Justinian datirt die zwei Jahre, welche vor dem Verkaufe verlaufen müssen, alternativ: ex denuntiatione, vel ex sententia judiciali" (l. 3. §. 1. cit.); aber ein Erforderniß der Liquidität ist aus diesem letzteren Datum nicht abzuleiten [*l. 1. pr. D. litig. 44, 6. l. 1. C. litig. 8, 37.* vgl. *l. 2. C. debitorem vend. pign. imp. non posse 8, 29.* vgl. Vang. a. a. O. 1. Puchta, Vorl. §. 205. Dagegen Müller, civil. Abh. III. §. 2.]. Die Römer fragten übrigens nicht nach Liquidität, sondern nach Litigiosität des Pfandes; und verwarfen sie 1) bei bloßer Einsprache des Schuldners gegen den Verkauf durch den Gläubiger (ll. citt.); 2) für den Fall, daß der Schuldner verkaufte, nach der soviel uns dünkt richtigen Glosse zu Nov. 112. c. 1. „et quando": „etiam pendente lite jam super hypothecaria", wenn nur der Schuldner mit dem Erlöse nachher den Gläubiger zahlte. Hiemit scheint uns aber alle Litigiosität des Pfandes ausgeschlossen [*„— Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus —" Nov. cit.* s. dag. Vang., der unter Umständen „Liquidität" fordert]; jene Datirung ex sententia judiciali aber möchte mit einem eigenen (ästimatorischen)

Gerichte zusammenhängen, welches nöthigenfalls zur Entscheidung über den Betrag der Schuld niedergesetzt wurde (l. 5. C. h. t.), und einen guten Anhalt für Berechnung des Bienniums „anstatt" der Denunciation („vel ex judiciali sententia") abgab. — — Den Verkauf kann Gläubiger selbst, oder ein Anderer mit seinem Willen vornehmen; letzterer braucht ein Spezialmandat (l. 7. §. 1. D. quib. mod. pign.); Ratihabition kann es ersetzen (l. 4. §. 1. eod. in fin.). Die dem Schuldner ertheilte Verkaufsgenehmigung ist nicht immer Vollmacht zur pignoris distractio (solutio), sondern oft nur Erlaubniß zum gemeinen Verkauf [s. oben S. 352. — *solent multi salva causa pignoris sui consentire l. 4. §. 1. cit.*]; die Vollmacht zur pignoris distractio (solutio) [deren reiche Casuistik in *l. 4. l. 7. pr. — §. 2. l. 8. pr. — §. 18. l. 10. pr. l. 11. l. 12. pr. eod.*] aber keineswegs eine bloße remissio pignoris, wie Bachofen, a. a. O. S. 572. Nr. 8. zu wollen scheint; mit einem bloßen Verzicht scheinen uns Regeln wie l. 4. §. 2. l. 8. §. 6. l. 10. eod. unvereinbar; allerdings läßt der Gläubiger in der Vollmacht zur distractio von seinem Pfandrecht ab [*l. 158. D. r. j. Creditor qui permittit, rem venire, pignus dimittit*], aber erst mit dem Gebrauch der Vollmacht, d. h. mit dem wirklichen Verkauf [*l. 8. §. 6. cit. — si tamen effectus sit secutus venditionis; nam . . „non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire"; l. 10. pr. cit. „— neque omnimodo creditor pignus remittit etc. —"*]; die Vollmacht trägt den Verzicht, nicht dieser die Vollmacht. Darum besteht denn auch das Pfandrecht fort, wenn Schuldner verschenkt, während die Vollmacht auf Verkauf lautet l. 8. §. 13. eod. Sein Pfandrecht nachzulassen steht dem Gläubiger frei; in der Ertheilung von Vollmachten dagegen zur pignoris distractio ist er beschränkt — durch die Rechte nachfolgender Gläubiger; unmöglich kann er den Schuldner ermächtigen, die Sache pfandfrei zu verschenken, wenn nachfolgende Gläubiger da sind, was außerdem wohl möglich (l. 4. § 1. eod.) und immer noch pignoris distractio im ursprünglichen Sinne wäre. — Pignoris distractio (solutio) selbst besteht unseres Erachtens in dem bloßen Abschluß des Kauf-

contraktes [*argg. l. 8. §. 12. eod. l. 4. §. 1. eod.*; s. dagegen Bachofen a. a. O. Platner, Beitrag zur Lehre vom Verkauf des Pfandobjects Arch. f. civ. Pr. *XXXII.* S. 103 fg.]. Eine ganz andere Frage ist die, ob Gläubiger, wenn er den Kaufschilling nicht einzubringen vermag, sich mit seiner persönlichen Klage noch gegen den Schuldner wenden kann (l. 9. pr. D. h. t.); ferner darf man das Gegentheil auch nicht wie Platner (S. 119. fg.) aus Stellen folgern, wo das Pfandrecht wieder auflebt, weil res nachträglich inemta wird (l. 26. D. solut. 46, 3. l. 10. pr. §. 1. l. 3. D. quib. mod. pign.); das Erforderniß des „effectus venditionis" in l. 8. §. 6. eod. cit. bedeutet keinen vollzogenen und gezahlten (Platner, a. a. O.), sondern einen geschlossenen im Gegensatze zum blos gewollten Kauf; l. 13. D. h. t. [*Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem*] würde Schwierigkeit machen [vgl. Bachofen S. 573. Platner, S. 107.], wenn man den Fall, wo von einem nichtbesitzenden Gläubiger gekauft wird, nicht als einen Verkauf des Pfandrechts (der dinglichen Pfandklage), anstatt des Pfandes, auffassen dürfte (vgl. l. 36. D. fidej. 46, 1.). — Durch den Verkauf des Pfandes, sagt man, werde die pignoris obligatio nicht ipso jure gelöst (Vang. §. 380. Anm. I. Platner); und im prozessualischen Sinne, wornach auch Zahlung der Schuld nur ope exceptionis wirkt — da „neque eo nomine solutum etc." nichts als eine anticipirte exceptio ist — ist dieses auch richtig. Dies kommt daher, weil Serviana und Quasiserviana nur in factum concipirt sind; stünde „si paret eam rem mihi pignoris jure obligatam esse", so würde es vor allem zur Geltendmachung der der pignoris obligatio eigenen solutio (distractio) keiner exceptio bedürfen [vgl. Ausdrücke wie *„liberatur hypotheca" l. 7. pr. D. quib. mod. pign. „pignus extinguitur" l. 8. §. 12. eod. „obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur" l. 2. C. remiss. pign.* — die denn auch Bachofen S. 572. Anm. 1. aufgefallen sind]. — Wie schon angedeutet, ist diese pignoris solutio nicht nothwendig auch Tilgung der persönlichen Forderung (l. 9. pr. D. h. t.); auch ist

es nur Zufall, wenn die ganze Forderung getilgt wird l. 9. §. 1. eod.). Was er über den Betrag seiner Forderungen erlöst (hyperocha), fällt entweder in den Kreis seiner pfandcontractlichen Obligationen (l. 24. §. 2. l. 42. D. pign. act.), oder trifft nachgehenden Gläubiger hinaus [*l. 12. §. 5. D. qui pot. — quod superfluum . . . accepit, hoc secundo restituat.* Glosse zu „*restituat*": *Sed qua actione? Resp.: In factum actione.* Bachofen nimmt mit Cujacius *utilem hypothecariam* an, trotz *l. 1. C. si antiq. cred. 8, 20.* Bachof. S. 491. Sonst s. noch *l. 96. §. 3. D. solut. 46, 3. — secundum (debitum) superfluo compensabitur*] vgl. *l. 3. §. 4. C. jure dom. imp. 8, 34.* „— *aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum* —" vgl. unten S. 359.].

Durch pignoris distractio geht pignoris distrahendi potestas überhaupt, durch Bezahlung oder sonstige Befriedigung des distractionsmächtigen Gläubigers aber nur für diesen unter (s. u. a. l. 1. C. h. t.); sind nachfolgende Gläubiger da, so finden wir die Distractionsmacht nunmehr beim nächstfolgenden Gläubiger, sei es, daß man ihm dieselbe schon vorher, aber bedingt wie Bachofen (S. 485. Nr. 1. 2.), oder aber erst von nun an beilegt, wie die Quellen [*l. 1. D. h. t.* „— *ante secundum (priorem) creditorem dimissum, nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit* —" *l. 8. C. qui pot.* „— *nec alias secundum (creditorem) distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas* — vgl. Löhr, Arch. f. civ. Pr. *XIV.* „Ueber die Rechte mehrerer Pfdgl." S. 170.]. Das scheint uns eine practisch unwichtige Unterscheidung; zwischen Fällen aber, wo der zweite Gläubiger in die Macht des ersten succedirt, und denen, wo er sie ohne Succession erlangt, müssen wir unterscheiden. — Die Befriedigung des vorgehenden Gläubigers muß, um seine Macht zu brechen, vollständig sein; für den kleinsten Rest behält er die ganze Macht [*l. 6. C. h. t. l. 2. C. deb. vend. pign. non imp. 8, 29; l. 19. D. pign. l. 16. C. h. t. l. 1. C. luit. pign. 8, 31.* vgl. S. 298 oben]. — — —

Si pignora, quae capta sunt, emtorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro, et Divo patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Addicantur autem

utique ea quantitate, quae debetur; nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere; nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, et superfluum petere (l. 15. §. 3. D. de re judicata 42, 1. Ulp.). — l. 3. §. 1. §. 2. §. 3. D. de jure dominii impetrandi (8, 34.): — Si quis rem creditori suo pignoraverit . . . sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam jure dominii possidere (vgl. l. 24. pr. D. pign. act.) . . . observandum censemus, ut . . . . . . scilicet post biennium . . . creditor . . . judicem certiorare festinet . . . ut fiat debitori manifestum per apparitionem judicis, quod a creditore petitum est, et certum tempus statuatur, intra quod . . . debet . . . debitum offerre et pignus recuperare. . . Sin autem tempore statuto vel minime fuerit inventus, vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale, et precibus porrectis jure dominii habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio (vgl. §. 56. Nr. 6. bes. S. 204.). Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem . . regressum, ex die sacri oraculi numerandum et liceat ei creditori, qui jam dominus factus est, offerre debitum cum usuris et damnis vitio creditoris ejus illatis, quorum quantitatem creditor debet suo juramento manifestare, in suum pignus recuperare (vgl. l. 7. §. 1. D. h. t.). Hier wird vom Gläubiger nicht transigirt, sondern um den vom Richter zu machenden Anschlag (§. 6. eod.) gekauft, compensirt (l. 24. pr. D. pign. act.), so daß er je nach Ergebniß der Abrechnung herein oder hinaus, dem Schuldner selbst oder weiteren Gläubigern schuldig wird; für eine in rem (utilis hyp.) actio der weiteren Gläubiger fehlt es hier doch zu sehr an res: oder haftet ihnen die zugeschlagene Sache fort? Wir werden vielmehr annehmen müßen, daß dominii impetratio als pignoris distractio gilt, und also von allen Pfändern befreit — der einzige Fall, wo Gläubiger nicht als Verkäufer, sondern als Käufer das

Pfand frei macht (vgl. l. 1. C. si antiq. cred. 8, 20. l. 10. C. h. t.). Nach erfolgtem Zuschlag mag Gläubiger noch verkaufen — aber ohne Gefährde; denn die Rechte des Schuldners oder der weiteren Gläubiger bemessen sich nach dem nunmehrigen wirklichen Kaufschilling (§. 5. in l. 3. cit.).

II. Die Forderungen.

1. Begriff.

§. 88.

Um einen Begriff von den Forderungen oder Obligationen zu bekommen — „den" Begriff der Forderungen getrauen wir uns durch die ganze Darstellung des Obligationenrechtes nicht zu erschöpfen — müssen wir davon ausgehen, daß auch sie Vermögen sind. Wären dafür Zeugnisse nöthig, so fänden wir sie u. a. im Institutionensystem [vgl. *Gaj. III.* §. 88. mit *I.* §. 8.], dann in der Definition des Vermögens, welches „actiones" (hier Forderungsrechte) ausdrücklich mitbegreift (l. 8. pr. D. bon. poss. 37, 1.), und ohne die Schulden seines Inhabers nicht gedacht werden kann (l. 39. §. 1. D. v. s.). Sofort aber besteht ein Unterschied zwischen dem Forderungs- und dem sonstigen Vermögen. Die Verschiedenheit der Forderungen und der Sachenrechte in ihrer juristischen Gestalt liegt jedem vor Augen; weniger geläufig ist die Bemerkung, daß all diese vielfältige Verschiedenheit aufgeht in einem Unterschied: in demjenigen nämlich, wornach sie als Vermögen unterschieden sind. Als Vermögen aber sind sie unterschieden nach dem Grade, in welchem sie Vermögen sind. Wenn wir in einem Vermögen Güter der Außenwelt erblicken, welche durch das Recht mit einer Person verknüpft sind, so finden wir auch, daß von diesen Gütern ein Theil enger, vollständiger, unmittelbar, der andere entfernter, unvollkommener, mittelbar mit der Person verbunden ist. Die Sache, welche sich im Eigenthum der Person befindet, steht dieser so nahe, daß die Sprache sie als eine Eigenschaft derselben bezeichnete, und für den Zusammenhang des Menschen mit seinen Gedanken, Tugenden, Thaten kein innigeres Wort fand, als das „ejus, meum, nostrum esse." Anders die Sache, welche wir zu fordern haben: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium

nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum (l. 3. pr. D. oblig. et act. 44, 7.); sie sollen wir erst bekommen, während wir, was in unserem Eigenthume sich befindet, haben (vgl. S. 55. unten, fg.). Dieser Gegensatz des Habens und des Bekommens, wenn er gleich Manchem nicht erhaben oder tief genug sein wird, scheint uns das Wesen und den Unterschied des Vermögens, oder der dieses bildenden Rechte, am kürzesten und besten zu bezeichnen. Unverkennbar tritt er an den beiden Repräsentanten der einen und der anderen Classe von Rechten, zwischen dem Eigenthum auf der einen und den obligationes quae in dando consistunt auf der anderen Seite hervor, indem letztere Vorstufen des Eigenthums, und dieselben Sachen dort noch Dinge, die wir bekommen sollen, hier dagegen unser sind. Bei den übrigen Forderungen und Sachenrechten ist es weniger leicht zu sagen, was man in ihnen habe, oder bekommen solle; vorläufig dürfen wir uns aber dabei beruhigen, daß man in ihnen hier etwas habe, dort etwas bekommen soll.

§. 89.

Einen Augenblick scheint dasjenige was wir erst bekommen sollen noch nicht Vermögen sein zu können. Wenn man aber bedenkt, wie theuer im Verkehr oft bloße Möglichkeiten, Hoffnungen, Wahrscheinlichkeiten bezahlt werden, und hinzunimmt, daß die Forderung ein Klagrecht ist, so begreift es sich wohl, daß und warum sie Vermögen sei [*l. 3. D. b. p. cit. Bona . . accipienda sunt . . . sive in corporibus sunt, sive in actionibus . . l. 49. D. v. s. „— aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus . . cf. l. 178.* §. 2. *eod.*], und einen Markt findet [*D. de hereditate vel actione vendita 18, 4. C. 4, 39.; l. 17. D. h. t.: Nomina eorum, qui sub conditione (!) vel in diem debent, et emere et vendere solemus; ea enim res est, quae emi et venire potest l. 19. eod.*]. Selbst eine naturalis obligatio, die doch kein Klagrecht ist, kann „ex eventu augere patrimonium", und insofern einen Werth haben [*l. 1. §. 17. D. ad leg. Falc. 35,* 2. vgl. *l. 3. pr. eod.*] nicht etwa blos Hoffnungswerth, sondern bestimmten Werth; man denke nur, daß Bürgen oder Pfänder haften, oder Gegenforderungen da seien. Irgend

ein Recht der Realisirung ist es überall, was der Forderung Werth und dadurch die Eigenschaften eines Vermögensstückes gibt.

So begegnet uns in der Forderung eine gewisse Doppelartigkeit: daß sie nämlich zugleich ein Haben und ein Bekommensollen ist. In ihrem Gegenstande [*„id quod ex aliqua obligatione nobis debetur“* §. 2. *J. reb. incorp.* 2, 2.] ist enthalten was wir bekommen sollen, in dem „ipsum jus obligationis“ (eod.) was wir haben.

Während also die Forderung den Gläubiger dadurch, daß er erst bekommen soll, vom Eigenthümer und anderen dinglich Berechtigten entfernt, bringt sie ihn dadurch, daß er in ihr bereits etwas hat, denselben wieder näher. Eine noch nähere Anknüpfung ergibt sich aber zwischen dem Gläubiger und denen die „aliquod jus in re habent“ (l. 19. pr. D. damn. inf. 39, 2. S. 173. oben): dadurch, daß diese wie jener nichts „haben“, als ein Recht („jus“). Denn wenn l. 3. pr. D. o. et a. cit. dem „corpus nostrum facere“ ein „servitutem nostram facere“ gegenüberstellt, so ist unter der servitus das jus servitutis, jenes jus eundi agendi, utendi fruendi etc. gemeint, welches wir auch in der Intentio der Confessoria fanden (S. 281. b.). Die divisio rerum stellt unter der Rubrik der „unkörperlichen Güter oder Rechte“ (res incorporales) denn auch die Obligationen und Servituten zusammen (§. 2. J. cit.), die Servituten aber nur als den ersten und Hauptfall der jura in re.

Da die römische Schule Forderungen und jura in re als res incorporales zusammen stellte, wollte sie nicht sagen, weder daß das Eigenthum kein jus, noch daß an Forderungen und jura in re in keiner Weise etwas Körperliches sei, sondern nur aussprechen, daß der Gläubiger, und in re Berechtigte nichts anderes h a b e, als etwas Unkörperliches, während der Eigenthümer nicht blos sein Recht, sondern auch seine Sache hat. Wir müssen hier schon bemerken, daß die divisio rerum keine rechts- oder herrenlose Dinge, sondern res juris vor sich hat (Gaj. I. 2. l. 1. D. div. rer. 1, 8.), die, wenn auch theilweise res nullius, dennoch irgendwohin gehören; und wo sie nicht wirklich alicujus sind, leicht als res alicujus fingirt werden [*„— quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universita-*

tis esse creduntur —" *l. 1. pr. D. cit.*]. Die divisio rerum hat also, kann man wohl sagen, Dinge vor Augen, die Jemand hat — die Güter des göttlichen, und die des menschlichen Rechtes oder Vermögens. Obligationes und jura in re können hiebei nur als jura (res incorporales) in Betracht kommen, da nur das jus ipsum obligationis, servitutis, dasjenige ist was Jemand hat.

Durch die Vergleichung mit der Forderung gewinnen Eigenthum und jura in re selber an Klarheit: so die, daß nur der Eigenthümer die Sache (jure: S. 55 u.) hat, oder daß eine Sache nur des Eigenthümers sein kann. Wozu dieses Haben, wozu die jura in re berechtigen und ermächtigen, und wie weit Befugniß und Macht des ersteren durch letztere eingeschränkt werden können, haben wir seinerzeit gesehen; die Möglichkeit dieser Einschränkung selbst, und wieweit sie gehen könne, ohne das Wesen des Eigenthums: das Haben der Sache, oder das rem ejus esse — aufzuheben, scheint uns Sache positiver Bestimmung zu sein, und allgemein nur negativ, nämlich dahin angegeben werden zu können, daß entweder nicht alle Rechte des Eigenthums, oder nicht alle auf immer aufgegeben sein dürfen.

§. 90.

Das ipsum jus obligationis aber ist eine rechtliche Macht, die Forderung oder obligatio zu realisiren [*„jus exactionis" l. 6. §. 2. C. bon. quae lib. 6, 61.*], die so gewöhnlich, und so vorzugsweise Klagrecht ist, daß der allgemeine Name für Klagrecht zugleich synonymer Ausdruck für Forderung, Forderungsrecht, jus obligationis ist: arg. l. 51. D. o. et a. Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi. „Actio" ist hier Klagrecht (jus judicio persequendi) und obwohl sonst auch verbum generale [*„nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio" l. 178. §. 2. D. v. s.*], so doch hier gleichbedeutend mit Forderungsklagrecht [*jus quod sibi debeatur persequendi*]; wie aber bei uns „Forderung" gleich Klagrecht, so war bei den Römern actio als Forderungsklagsrecht gleichbedeutend mit obligatio (vgl. meine krit. Bl. III. S. 10 fg. z. B. l. 2. §. 8. D. her. vel act. vend. 18, 4.). Dieses Forderungsklagrecht nun ist in personam, und zwar

1) wider die Person desjenigen gerichtet, von dem Gläubiger bekommen soll. Dadurch unterscheidet sie sich von der dinglichen Pfandrechtsklage, welche nicht gerade gegen denjenigen zu gehen braucht, von welchem Gläubiger, was er zu fordern hat, bekommen soll. Diese wird mitunter als eine actio adversus pignora bezeichnet [*l. 27. §. 2. D. min. 4, 4: „— non solum in ipsum, sed et in . . . pignora actio restitui debet —“ l. 73. pr. D. ad SC. Treb. 36, 1. „— actiones non competunt ei . . . adversus ipsa pignora —“ l. 1. C. comm. legat. 6, 43. „— praefatas (hypothecarias) actiones contra res testatoris esse instituendas —“* Bachofen, Pfdr. *I.* S. 31. Anm. 7.], was erst im Gegensatze zur Forderungsklage — welche gegen den Schuldner selbst und nur gegen diesen (contra ipsum) geht — wahr und treffend wird. Es ist hier bezüglich der Actio derselbe Unterschied wie bezüglich der obligatio, da für das was er leisten soll, dort der Schuldner selbst, hier irgend eine Sache, seine eigene oder fremde, haften oder einstehen soll. Anstatt die rei obligatio immer im Lichte der personae obligatio zu betrachten, könnten wir einmal auch den umgekehrten Versuch machen, und sagen, in der rei obligatio sei eine Sache, in der personae obligatio die Person des Schuldners selbst das Pfand; dort hätten wir rei, hier personae persecutio; pignoris exsecutio als rei distractio, addictio haben wir noch, Addiction und Verkauf des Schuldners haben wir nicht mehr, allein eben so gewiß ist, daß beides da war. Die bloße Vermuthung, daß zwar personae obligatio vor der bloßen rei obligatio, erstere aber selbst eine pignoris obligatio (bei der das Pfand die Person des Schuldners war) gewesen sein möchte, deren volle Kraft sich dann in zweierlei Obligationen brach und schwächte: in die neuere pignoris obligatio (rei obligatio) mit bloßer rei persecutio, exsecutio, und in die neuere personae obligatio, mit fortwährender pignoris (d. i. personae) persecutio, aber ohne pignoris (d. i. personae) exsecutio (distractio, addictio) — diese bloße Vermuthung wird hoffentlich Niemanden ärgern, schon darum nicht, weil sie nicht ganz neu ist. Denn nur die ursprüngliche Einheit und damit den Grund der heutigen Verwandtschaft zwischen rei und personae obligatio glauben wir betonen zu sollen; daß der nectirte Schuldner nicht nur Schuldner, sondern

auch Pfand gewesen sei, ist zwar öfter widersprochen, aber unter anderem von Niebuhr (R. G. I. 2. Ausg. S. 603 oben) behauptet worden. — Das Forderungsklagrecht ist weiterhin

2) sofort bei seiner Entstehung in personam gerichtet, und unterscheidet sich dadurch von den in rem actiones überhaupt. Freilich muß man, um dieses richtig zu finden, das Vindicationsrecht — der hieher gehörenden Präjudicien wollen wir stillschweigend gedenken —, wie überhaupt das Actionenrecht sofort mit dem Eigenthum, der Servitut u. s. f. als vorhanden denken, und nicht erst aus der Mitwirkung eines späteren Faktors, der Rechtsverletzung, entstehen lassen, wie Savigny (Syst. V. S. 5.) verlangt. Denn wenn das Vindicationsrecht erst mit Hilfe der Rechtsverletzung entstünde, wäre es sofort bei seiner Entstehung in personam. Anders, wenn wir annehmen, daß das Vindicationsrecht, als die wehrhafte Seite des Eigenthums u. s. w. (§. 24. Z. 4.) sofort mit dem zu bewehrenden Rechte selber da ist, und durch die Verletzung nur herausgefordert wird, und einen Gegner erhält. Denn dann können wir nicht sagen, daß das Vindicationsrecht sofort in personam sei; vielmehr ist vor der Verletzung keine Person da, gegen die es ist; es ist in rem.

Die hier vertretene Bedeutung des Unterschiedes der in rem und in personam actiones scheint selbst angesichts der noch in die Zeit des Formularprozesses zurückreichenden Hauptstellen bestehen zu können (§. 1. J. act. 4, 6. Gaj. IV. §. 1—3.), womit aber nicht geläugnet werden will, daß derselbe vielleicht einen anderen, formelleren, aber auch greifbareren Ursprung hatte (vgl. Sav. a. a. O. S. 28 fg., jetzt vorzüglich Keller, r. Civilpr. §. 87.). Für das spätere Recht wird sich eine andere Bedeutung kaum aufrecht halten lassen. Doch haben wir schon seiner Zeit bemerkt, daß auch sie nur die Folgen der Sache, nicht die Sache selbst trifft (S. 51. unten). Die Sache selbst ist die, daß der Eigenthümer, Servituteninhaber, Superficiar, Emphyteuta, Pfandgläubiger, und auch der Freie, das Kind, etwas hat (eine Sache, ein Gebrauchsrecht, ein Pfand, Rechtsfähigkeit, Familienrechte), und daß sein Klagrecht schützen oder gewähren solle was er bereits hat, natürlich gegen Jeden, der da kommen möge (in rem — überhaupt). Der Forderungsberechtigte dagegen hat nichts, als dieses sein Recht, daß er etwas

bekommen solle, natürlich von Einem, der ihm dazu verpflichtet ist — es versteht sich also von selbst, daß nicht von Jedem. Das Vindicationsrecht ist nicht blos petitio, sondern die eine Seite eines Rechts, das auf sich selber beruht: von Niemanden abhängig, gegen Alle gerüstet; — das Forderungsklagrecht ist blos Forderung, mit einem dare facere praestare oportere Eins, also ohne die Person eines Andern nicht denkbar.

Letzteres ist auch noch bei den in rem scriptae actiones (S. 52. oben) der Fall; nur daß sie nach ihrer Entstehung noch andere Personen treffen können, als gegen die sie entstanden sind, und eben darum unpersönlich (in rem) aufgesetzt worden (scriptae) sein mögen. Umgekehrt gab es Klagen, welche nach unserem Dafürhalten aus dinglichem Schutzrechte entspringen, aber in personam formulirt wurden. Nur in diesem Sinne schien uns a. pluv. actio eine personalis actio zu sein; und auch die confessoria aus der serv. oneris ferendi war bei denen, die sie für personalis actio hielten, nur als eine, wir dürfen wohl sagen, in personam scripta actio gedacht (S. 231.).

§. 91.

Damit irgend ein Klagrecht gegen irgend eine Person entstehe, muß zwischen den Betreffenden etwas Besonderes geschehen sein. Unsere Klagrechte gehören nicht zu den Menschenrechten, und irgendwem z. B. 1000 fl. zu geben nicht schon zu den allgemeinen Bürgerpflichten. Was sich ereignen müsse, damit das Vindicationsrecht und die Prohibitionsmacht des Eigenthümers und der in re Berechtigten wider eine Person sich kehre, erhellt aus der einschlägigen Actionenlehre (§. 64—68. §. 75. §. 77. §. 85.). Zur Entstehung einer Forderung oder obligatio aber sei, sagt Gajus (III. §. 88. cf. IV. 2. §. 1. J. act. 4, 6.), entweder ein Contract, oder ein Delict erforderlich. Den Fällen, in welchen ex contractu obligirt wird, sind hier diejenigen beigezählt, in welchen „non proprie ex contractu“, sondern „quasi ex contractu“ obligirt wird (l. 5. §. 1. D. o. et a. cf. pr. J. de obligationibus quasi ex contractu 3, 27.); sowie den Delictsobligationen diejenigen, welche „quasi ex delicto“ entspringen (Rubr. J. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur, 4, 5. cf. §. 1. J. oblig. 3, 13.).

Aus der Unterscheidung von Contracten und Quasicontracten können wir schließen, daß Gajus sich unter Contract einen Vertrag dachte. Er sagt es aber auch selbst [*l. 5. pr. D. o. et a. Gaj.* „— *neque enim is, qui gessit, cum absente creditur ante contraxisse* —“ *Gaj. III. §. 91:* „— *haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*]. Daneben kommt nun aber „contrahere“ [auf die Identificirung von *contractus* und *obligatio* in *l. 20. D. de jud. 5, 1.* ist nicht viel zu geben: *pro contractu habendam* — um so mehr auf die in *l. 1. §. 6. D. pec. const. 13, 5.*] in einem viel weiteren Sinne, — dem Bilde der obligatio, des vinculum juris (pr. J. oblig.) gemäß für jede „Zuziehung“ einer obligatio, namentlich auch für die durch Delicte vor [*l. 41. D. adm. tut. 26, 7. Papin.:* — *quoniam ejus liberatio, quod (tutor) . . . dolo contraxit, non est relicta*]. Wie das Delict, hat gewiß auch res, ohne die Zuthat eines Vertrages, „contrahirende“ Kraft; wenn nicht eine „contrahirende“, so doch eine „verbindende“ räumt ihr Paulus ausdrücklich ein: l. 25. §. 16. D. fam. herc. (10, 2.) „— — si duobus res legata sit . . et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.“ Gajus selbst behandelt die condictio indebiti unter den Obligationen, die re contrahirt werden; Er zwar mit einer Entschuldigung (III. 91.), Andere haben dies vielleicht ohne Entschuldigung gethan.

Mag man nun, diesem weiteren aber buchstäblichen Sinne von „contrahere“ folgend, in den Contracten, Quasicontracten, Delicten und Quasicontracten nur Arten des Einen contrahere erblicken, oder aber dasselbe Wort auf Verträge beschränken, so entsteht die Frage, ob diesen verschiedenen Entstehungsarten der Obligationen nicht eine anderweitige Einheit zu Grunde liegt — eine Einheit nämlich, die spezieller wäre, als jenes „contrahere“ im weitern Sinne, und doch so allgemein, daß die Verträge, Delicte u. s. f. darin aufgingen. Diese Frage müßen wir verneinen; zugleich aber behaupten, daß, vielleicht schon vom Standpunkt des älteren, jedenfalls von dem des vor uns liegenden Rechtes aus eine Eintheilung möglich ist, welche allgemeiner, und darum durchgreifender ist als die des Gajus. Bei ihr kämen Delicte (und Quasidelicte) in eine engere Beziehung zu den Con-

tracten, als die Quasicontracte zu den Contracten; hinwiederum aber eine Classe der Contracte (die der Realcontracte) in eine engere Verbindung mit den Quasicontracten als den übrigen Contracten. Es scheint nämlich der Wille des sich Verpflichtenden nicht nur die Contracte (Verträge) und die freilich seltenen Fälle der auf einseitiger Erklärung beruhenden Obligationen, sondern auch — als Schuld, Verschuldung — die Delicte in sich zu begreifen; während der Quasicontract eine ganz andere Grundlage hat. Wenn wir nicht irren, ist die Grundlage (nicht der einzige Grund) der Quasicontracte eine res; mitunter das der res verwandte negotium. In allen Quasicontracten finden wir etwas in den Händen des Verpflichteten, das des Gläubigers ist, oder doch als des Gläubigers bezeichnet werden kann: eine res (überhaupt ein Vermögen) des Gläubigers bei demjenigen, gegen welchen eine sine causa condictio geht; ein negotium des Gläubigers bei dem, gegen welchen negotiorum gestorum directa actio; leicht beides bei dem Vormünder, beim socius, condominus, coheres; nur vom Onerirten gegenüber dem Honorirten kann nicht dasselbe, immerhin aber etwas ähnliches gesagt werden. Wir brauchen überall hier keine Fiction des Willens, oder Consenses zwischen den Parteien; die Sache selbst verknüpft sie, und wird, da das so gut und recht (aequum) ist, zur Grundlage von Obligationen. — Vielleicht, daß von hier aus einzelne Contracte, wie das Mandat, die Societät, noch einmal Berichtigungen erfahren; möglich auch, daß das System der eigentlichen Contracte sich aus den Quasicontracten aufklärt. Denn wenn „aut re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu“ (Gaj. III. 89), so haben wir in den drei letzten Kategorien nichts als verschiedene Willenserklärungen, überall einen Vertrag; in der res des ersten Falles dagegen — woferne wir nur nichts hineintragen — weder Wort, noch Willen, sondern etwas Sächliches als „Bindemittel“ bezeichnet. Es läßt sich auch nicht läugnen, daß in allen Fällen sowohl der genannten als der ungenannten Realcontracte etwas vom Gläubiger beim Schuldner ist. Wenn nun aber dasselbe Vorkommen (daß etwas vom Gläubiger beim Schuldner ist) anderweitig (in den Quasicontracten) die Grundlage der Verpflichtung bildet, so mag es in den Fällen wo „re contrahitur“ (Contracten) dieselbe

Bedeutung haben; wenn hier res gleich von Verträgen begleitet, so kann sie doch auch hier der letzte und tiefste Grund der Verpflichtung sein. Wäre dem wirklich also, dann dürften wir das Wort Contract in der oben erwähnten weiteren Bedeutung nehmen, und innerhalb der Contracte, die keine Delicte oder Quasidelicte sind, zweierlei Gattungen unterscheiden: Contracte, die auf Vertrag (verbis, literis, consensu) — Contracte die auf res beruhen (genannte, ungenannte Realcontracte, Quasicontracte). Wie schon bemerkt wollen wir aber die res nicht als den einzigen Grund, weshalb, sondern nur als die Grundlage, worauf es hier, unter Zuthat gewisser Umstände (z.B. eines pactum), zu Obligationen kommt, hingestellt haben.

Sollte sich unsere Auffassung von den Realcontracten rechtfertigen, so erhellt von selbst, was wir über die merkwürdige Streitfrage, ob es heutigen Tages noch Realcontracte gebe, zu urtheilen haben. Sie geht aus von der Vorstellung, daß in allen jenen vier Contractsacten (re, verbis, literis, consensu) ein Vertrag „zu Grunde" liege, und daß diesem Contractssysteme zufolge nur ausnahmsweise der bloße Vertrag (consensus — nuda conventio) obligirt habe, während regelmäßig zu dem Vertrag entweder res, oder verba, oder literae hätten „hinzukommen" müßen. Da nun nach heutigem Rechte regelmäßig schon der bloße Vertrag obligire, so gebe es nicht nur keine Verbal- und Literalcontracte, sondern auch, — sagen Einige (z. B. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. III. §. 71. Göschen, Vorl. über das gem. Civilr. 2. Aufl. §. 439. Nr. 440) — keine Realcontracte mehr; Andere lassen die genannten Realcontracte noch fortexistiren, während dasselbe den ungenannten nicht vergönnt wird. Unser früherer Angriff auf diese Lehre (krit. Bl. Nr. I. S. 19 fg.) wäre bald auch „ungenannt" geblieben [vgl. z. B. Vang. §. 599. Anm. 5. der 6. Auflage *a.* 1855 mit der „Neuesten Aufl." *a.* 1849. Arndts P. §. 232. 1. u. 2. Aufl. S. jedoch Rudorff, zu Puchta, Vorl. §. 250. Anm. 1. 4. Aufl. Scheurl, Inst. 2. Aufl. §. 125]; während wir doch nicht umhin können, dieselbe fort und fort für verwerflich zu halten. Denn wenn man auch annehmen muß, was allzuwahr ist: daß heutigen Tages regelmäßig jeder bloße Vertrag obligire, so folgt daraus selbst für verba und literae nur so viel, daß sie nicht mehr nothwen-

dig sind, keineswegs aber daß sie nicht mehr vorkommen; um so verwerflicher ist der Schluß, daß es heute keine Realcontracte mehr gebe, gleich viel ob genannte, oder ungenannte. Wenn hier nicht die res zum Vertrage, sondern umgekehrt der Vertrag zur res hinzukommt [*l. 7.* §. 2. *D. pact.* 2, 14. — „*subsit* . . *causa* (d. i. *res*) —“ vgl. Rudorff a. a. O.], so hat es keinen Sinn, zu sagen, daß heutzutage zum Vertrag keine res mehr „hinzukommen“ müße, geschweige denn zu folgern, daß es heutzutage irgend einen Realcontract nicht mehr gebe.

Betrachten wir die genannten und ungenannten Realcontracte näher, so erscheint eine datio als „caput ac fundamentum“ des ganzen Geschäftes [z. B. „*permutatio* . . *ex re tradita initium obligationi praebet l. 1.* §. 2. *D. permut. 19, 4.*]; beim Darlehen und manchen Innominatcontracten [z. B. *l. 1.* §. *3. eod. l. 5.* §. *1. D. praescr. v. 19, 5.*] eine datio engeren Sinnes, sonst eine bloße Tradition [vgl. *l. ult. eod.; l. 8. D. commod. 13, 6; arg. l. 37. D. pign. act. 13, 7; l. 17.* §. *1. D. dep. 16, 3.*]. Daß ein Darlehen, welches nicht in einer datio seinen Anfang und Ursprung hätte, kein Darlehen wäre, gesteht man zu (vgl. z. B. Puchta P. §. 251. Vorl. eod.); dasselbe bezüglich der übrigen genannten Realcontracte; die ungenannten Realcontracte dagegen glaubt man in Consensualcontracte auflösen zu können, ohne deshalb an ihrem Character zu ändern; res sei bei ihnen „nicht mehr contrahendi causa, sondern blos und allein solvendi causa“ (Vang. a. a. O.). Allein wenn mir ein Buchhändler unaufgefordert Bücher zur Einsicht, oder ein Anderer Sachen, mit einer Taxe, zum Verkauf schickt, so ist im Augenblick der Annahme etwas gegeben, res bei mir, ein Innominat-Realcontract perfect [vgl. *l. 17.* §. 2. *(Vulg. l. 19. Hal. l. 18.)* §. *1. D. praescr. v. 19, 5.*]; zu glauben aber, daß hiemit etwas gezahlt sei, wird uns ernstlich Niemand zumuthen. Wir läugnen nicht, daß in vielen Fällen, wo der Römer einen Realcontract hatte, res also Grundlage des Contractes war, für uns res nur mehr Zahlung, oder Leistung (wie Puchta sich ausdrückt), der Contract also Consensualcontract, ein der datio und res vorhergehender Consens nämlich Anfang und Grund des Contractes ist, was er bei den Römern nicht sein konnte. Allein wie bei den Römern braucht auch bei

uns, und überall und allezeit, der datio und res ein Consens nicht nothwendig vorauszugehen; dann macht datio, res den Anfang, und ist unmöglich Zahlung. — Ihrem gemeinen Wesen nach, als Eigenthums- oder Besitzeshingabe, hat die datio noch nichts Obligatorisches, Contrahirendes; letzteres erhält sie erst dadurch, daß etwas zu ihr hinzukommt, ein pactum nämlich, ein ausdrückliches oder stillschweigendes, besser eine lex, die der Geber dem Empfänger vorschreibt: Zurückgabe oder Gegenleistung auflegend. Ist also nicht doch ein (obligatorischer) Vertrag auch im Realcontracte die Grundlage der Verpflichtung? Wenn dieser Vertrag als ein selbständiger gedacht werden könnte, würde der Schwerpunkt des Contractes auf ihm liegen. Nun aber vermögen wir ihn nicht anders denn als einen Modus der Datio aufzufassen. Der Geber modificirt seine Hingabe durch die Auflage der Zurückgabe oder Gegenleistung [z. B. *l. 11. §. 1. D. reb. cred.* 12, 1. *Si tibi dedero X „sic ut IX debeas"* — *l. 17. §. 1. pr. D. praescr. v. Si margarita tibi aestimata dedero, „ut" aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum* — *l. 5. pr. eod.* — *Aut enim do tibi „ut" des, aut do „ut" facias* — vgl. meine krit. Bl. a. a. O. S. 29 fg.], des Empfängers Zustimmung liegt in der Annahme des „so" Gegebenen; bei den genannten Realcontracten bedarf es zur Erzielung der gewöhnlichen Obligationen gar keiner Beredung; der obligatorische Vertrag, der Modus der Hingabe liegt schon im Namen der Hingabe, der „mutui datio", „depositio", des „commodatum" und „pignus" [*l. 3. pr. D. reb. cred. Quum quid „mutuum" dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis redderetur .... quod agitur pro cauto habendum est; id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit*]; selbst bei den Innominatcontracten ist mitunter die Hingabe zu einer Bezeichnung gelangt, die den Contract in sich schließt [z. B. *„vendendum dare"* in *l. 11. pr. D. r. cr.* dazu meine krit. Bl. a. a. O. S. 2 fg.]. So innig hängt der Vertrag mit der Hingabe zusammen, daß er nicht nur überall mit dieser selbst fertig und geschlossen, sondern in den gewöhnlichsten Fällen in und mit ihr genannt ist. Sprachlich also überwiegt im Realcontracte die res (datio) den Vertrag; sachlich erscheint dieser überall nur als Modus derselben. Wenn

es nun angeht, eine lex mancipationis, die Legate mit denen der Erbe beschwert, den Modus mit welchem geschenkt wird, als eine bloße Zuthat der Mancipatio, der Erbeinsetzung, der Schenkung zu bezeichnen, und wenn es überall wo diese leges oder modi in Frage kommen, „vor allem" darauf ankommt, ob die Mancipatio, das Testament, die Schenkung besteht, so werden wir annehmen dürfen, daß auch in den Realcontracten die Hingabe Grundlage des Contractes ist, und darum „re contrahirt" wird [*„ubi ex re actio venit" l. 46. D. o. e. a. „numeratio obligat" l. 19, pr. D. r. cr.*]

Eine Bestättigung hiefür nehmen wir darin wahr, daß manchmal re contrahirt ist, wo ein (obligatorischer) Vertrag nicht nur nicht als Grundlage, sondern nicht einmal als Zuthat des Geschäftes erscheint, — in den Quasicontracten. Hier erscheint dann anstatt des Vertrages eine durch verschiedene Umstände begründete aequitas oder utilitas als Zuthat zur res.

§. 92.

Um darauf zurückzukommen, daß die Forderungen Vermögen sind, behaupten wir nunmehr, daß die eine Art derselben es mehr ist, als die andere. Wir nehmen Umgang von Zufälligkeiten, denen alle blosgestellt sind: wie von der Insolvenz des Schuldners, dem Ausfall eines Pfandes, Verlust von Beweismitteln u. dgl.; und sagen, daß die Forderungen ihrer Art nach bald mehr bald weniger Vermögen sind. Wenn nämlich alle Forderungen nur kraft ihrer Exigibilität Vermögen sind (§. 89.), so werden diejenigen Forderungen, welche ihrer Art nach weniger exigibel sind, ihrer Art nach weniger Vermögen sein, als die andern. Ihrer Art nach minder exigibel sind klaglose Forderungen im Vergleich zu den klagbaren; aber auch klagbare im Vergleich zu klagbaren, und gerade darauf müssen wir nun größeres Gewicht legen. — Eine Forderung aus dem Judicat mit manus injectio, oder eine mit manus injectio pro judicato scheint uns klagbarer gewesen zu sein, als die mit manus injectio pura [*Gaj. IV. 21—25;* dazu Keller, r. Civpr. §. 19.]; diese letztere aber wiederum klagbarer als selbst „actio certae creditae pecuniae (Gaj. IV. §. 13. §. 171.), die durch ihre besondere Gefahr für den Schuldner wieder allen übrigen stricti juris actiones voranstund. Ob

nun aber nicht weiterhin die ganze Klasse der stricti juris actiones klagbarer gewesen ist, als die der b. f. actiones? Darauf scheint uns noch ein Ausdruck Justinians hinzuzielen: l. unic. §. 2. C. rei ux. act. 5, 13. „— etsi non ignoramus, ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam —"; ferner der Gebrauch, den man von verbis und literis machte, indem sie namentlich Forderungen, die nur in b. f. judicio verfolgbar waren, in str. juris actiones umsetzen [*l. 5. pr. D. v. o. 45, 1. — Conventionales (stipulationes) sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot (pene dixerim), rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto* — z. B. *l. 3. §. 1. D. a. e. et v. 19, 1.*]; und endlich die Natur der Obligationen, die nach der einen und der anderen Weise klagbar waren, sowie die damit zusammenhängende Einrichtung dieser actiones und judicia selbst.

Es ist nämlich in neuerer Zeit — mit mehr Grund als Erfolg — auf einen gewissen Unterschied hingewiesen worden, den schon die Sprache, die deutsche wie die römische, innerhalb der Obligationen macht [Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden, S. 10 fg.]. Obwohl wir z. B. dem Meister, bei dem wir bestellt haben, obligirt sind, wird man unsere „Verbindlichkeit" doch nicht sofort eine „Schuld" nennen, und auch das Recht, welches jener gegen uns erworben hat, noch nicht sofort eine „Forderung"; desgleichen können die Römer nicht überall den Ausdruck „actio", „debitum", „nomen" brauchen, wo von einer obligatio die Rede ist. In Vergleich mit dem allgemeineren Begriffe der Verbindlichkeit oder obligatio ist aber die „Schuld" (debitum) etwas, das von unserem Vermögen bereits ab- (dem Gläubiger also zu-) geht — aes alienum [*l. 43. D. usu et usufr. 33, 2. ... etiam aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur ...*], während dies von den Obligationen überhaupt keineswegs gesagt werden kann; z. B. nicht ohne weiteres von jener Verbindlichkeit des Meisters, und nicht ohne weiteres von der des Depositars. Dieser Unterschied entspringt einmal aus dem Gegenstande der Verpflichtung; denn wenn ich etwas zu leisten, etwa zu restituiren habe, das sich nicht in meinem Vermögen befindet, wie die mir zur

Aufbewahrung, Einsicht, pfand=, leih=weise gegebene Sache, geht meine Verpflichtung noch nicht von meinem Vermögen ab; dazu kann es noch einmal kommen, wenn ich es etwa durch „Verschuldung“ dazu bringe, anstatt jener außerhalb meines Vermögens befindlichen Sache etwas aus meinem Vermögen leisten zu müßen; vorderhand aber kann man mich noch nicht den „Schuldner“ des Deponenten u. s. f. nennen. Ganz anders, wenn ich z. B. ein Darlehen empfangen habe. Ferner pflegt man auch die Verpflichtung zu bloßem facere (vgl. l. 72. pr. D. v. o. 45, 1.) unter den „Passivis“ nicht aufzuzählen, wie denn die Arbeit oder Arbeitskraft noch nicht Vermögen ist. Im Gegenstande der Verpflichtung liegt aber nur der Eine Grund des Unterschiedes; ein andermal entspringt er aus dem Gegensatze der Einseitigkeit und Gegenseitigkeit einer obligatio. Denn die Verpflichtung, z. B. des Käufers, Pächters kann man wegen des Gegenwerthes, den sie zu fordern haben, nicht sofort nach Abschluß des Contractes von ihrem Vermögen abziehen, wiewohl auch sie, durch Vollzug der Leistung auf der anderen Seite, dem Verkäufer, Verpächter „schuldig“ werden können. Auch in dieser Beziehung steht die Verpflichtung des Darlehenempfängers vornherein als Schuld da. Diesem Unterschied auf Seite der Verpflichtung entspricht aber einer auf Seite der Forderung. So lange die Verpflichtung des Depositars ꝛc. sich nicht zur Schuld entwickelt hat, wird der Deponent (soferne die Sache überhaupt ihm gehört) nicht sowohl die Forderung als die Sache zu seinem Vermögen zählen; desgleichen kann auch der Verkäufer ꝛc. die Kaufschillingsforderung ꝛc. noch nicht unter seinen Activis ansetzen, so lange er die Waare ꝛc. nicht geleistet hat. Gleichwohl fehlt es uns im Deutschen an einem Worte, welches die Activobligation im Gegensatze zu der „Forderung“ (Schuldforderung, Guthaben) bezeichnete, so daß wir denn auch das Wort Forderung wenigstens dann auf den weiteren Begriff von Activobligation anwenden, wenn letztere nur klagbar (actio) ist (z. B. Forderung des Deponenten auf Restitution seiner Sache). Daß endlich die beiden Gründe, weshalb Forderungen und Schulden den Obligationen überhaupt entgegengesetzt werden, in einem und demselben Falle zusammentreffen können, bedarf keiner Ausführung. — Innerhalb der „Schulden“ können wir nunmehr unterscheiden: solche,

die sich aus einem Contracte oder Quasicontracte des Schuldners mit dem Gläubiger nur vielleicht und nachträglich (durch Verschuldung, mitunter casus, Empfang der Gegenleistung) entwickeln, oder doch nicht nothwendig schon mit dem Contracte oder Quasicontracte selbst da sind („futurae" obligationes — oben S. 294); — und solche, die mit der Verpflichtung des Schuldners sofort und nothwendig gegeben sind (sowohl Delicts- als gewisse Contracts und Quasicontracts-Obligationen.). Neben diesem Unterschied läuft aber noch ein anderer her: wir können sagen, der der natürlichen und der „gemachten" (künstlichen oder förmlichen) Schulden. Was wir hier Schuldenmachen nennen, besteht in der eigenen Vornahme eines lediglich auf Herstellung einer Schuld gerichteten Geschäftes. Die Schulden aus Consensual- und Realcontracten, wie aus Delicten „machen sich von selbst" [vgl. Gaj. *III.* §. *131.* „— *numeratio autem pecuniae jure naturali* (Savigny) *facit obligationem*" — im Gegensatz zu den *literae*], oder beruhen doch nicht auf Geschäften, die lediglich um ihretwillen, oder eigens, für sich, vorgenommen wären, z. B. das Darlehen ist zunächst eine Verschaffung von Geld oder dergleichen, und der darin versteckte obligatorische Vertrag ist kein selbständig für sich vorgenommenes Geschäft; der dolus, durch welchen der Commodatar Schuldner wird, ist überhaupt kein Geschäft u. s. f. Der altrömische Literalcontract dagegen war ein eigenes Geschäft, ein Schuldgeschäft, und nichts anderes; wörtlich ein Schuldenmachen [„*nomen facere*" *Cic. de off. III. c. 14.* §. *59.* — wo doch wohl der Gläubiger als Subject gedacht ist; vgl. die Gernhard'sche Note zu „*nomina facit*" — *Cic. in Verr. lib. I. cap. 36.* §. *92. in fin. l. 9. pr. D. pact. 2, 14. pr. J. lit. oblig. 3, 21.* Savigny, verm. Schr. *I.* S. 213]; von dem späteren Schuldschein, wenn er wirklich obligirt, gilt dasselbe; und endlich war es Hauptaufgabe der Stipulation, Schulden zu machen. Ueberall hier sollte das Geschäft (litera, verbum) die Schuld schaffen: mitunter ursprünglich erzeugen [*l. 126.* §. 2. *D. v. o.* „— *quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum* —], häufiger nur neu schaffen; dieses Geschäft sollte dann der neue Grund der Schuld sein, so daß also Kauf- Mieth- Societät- und andere derlei Schulden, wenn sie transcribirt oder

stipulirt wurden, in den verbis oder literis eine neue causa bekamen; sei es, daß die bisherige Schuld aus dem Zusammenhang der Umstände, unter denen sie sich natürlich gemacht hatte, abgelöst und zu der neuen Schuld umgeschaffen (novirt) wurde; sei es, daß sie mit ihrer alten causa fortbestund, zugleich aber als eine zweite und neue Schuld, mit neuer causa, dastund (l. 2. D. novat. 46, 2. Gaj. III. §. 128—§. 130. vgl. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855. §. 13). — Nach all dem enthalten insbesondere die Contracte (unter denen wir hier die Quasicontracte wieder mitbegreifen) einen Unterschied, der mehr Achtung verdient, als er genießt: wir könnten ihn in aller Kürze durch Unterscheidung von „gewißen“ und „ungewißen“ Contracten ausdrücken, d. i. von Contracten, die gemäß ihrer Art und Anlage gewiß Schulden sind (die gemachten oder förmlichen Schulden; Darlehen und gewiße Quasicontracte), und die gemäß ihrer Art und Anlage nur möglicherweise Schulden sind oder werden (Consensualcontracte und die noch übrigen genannten und ungenannten Realcontracte und Quasicontracte). Von den ungenannten Realcontracten möchte man wenigstens die nach dem Schema do ut des zu den „gewißen“ rechnen; doch scheinen es die Römer nicht gethan zu haben. Davon nachher. Bei der Unterscheidung in gewiße und ungewiße Contracte aber müßen uns die „certi“ und „incerti contractus“ unserer Quellen beifallen. Schwerlich will der „contractus certi“ und „incerti“ in l. 1. §. 6. D. pec. const. (13, 5). etwas anderes bedeuten, als der „contractus certus“ und „incertus“ in l. 18. pr. D. acc. (46, 4.) und l. 9. pr. D. r. cr. (12, 1.) Ulp. (vgl. Sav. Syst. V. S. 581. b. Keller a. a. O. S. 381. Nr. 107.); dieses certum und incertum bezieht sich nicht auf den Gegenstand der Verpflichtung, wie das certum und incertum der condemnatio und intentio (Gaj. IV. §. 49—54), oder wie das certum und incertum, welches mit einer gewißen Contractsart, der Stipulation, [*l. 74. D. v. o. 45, 1. Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae; certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit etc. l. 75. pr. eod. cf. Gaj. IV. §. 53. in f.*] in Verbindung gebracht wird; „diese Bedeutung ist in unserer Stelle (l. 9. pr. cit.) völlig unmöglich“ (Sav. Syst. V. S. 581. oben). Savigny bezieht es darnach auf die „Con-

tractsart", genauer auf den Namen des Contractes, indem er bemerkt, „incerti contractus seien solche Verträge, die entweder „gar keinen individuellen Namen führen, oder, wegen ihrer „zweideutigen Natur, zwischen mehreren bestimmten Contracten „in der Mitte schweben." Die Möglichkeit dieser Erklärung wird zugegeben werden müßen; bezüglich eines zweideutigen Vertrages finden wir sogar den Ausdruck: „si sit incertum, utrum na- „vem conduxerit, an merces vehendas locaverit" — (l. 1. §. 1. D. praescr. v. 19, 5.). Daneben fällt es doch auf, daß eine ausdrückliche und allgemeine Bezugnahme dieser Eintheilung namentlich auf die Innominatcontracte fehlt; wenn es ferner dem Verf. von l. 9. pr. cit. nothwendig schien, es ausdrücklich zu sagen, daß auch namenlose Forderungen der condictio certi zugänglich seien, müßen wir ihm vorhalten, daß er etwas minder betont, was uns viel mehr befremdet: daß nämlich aus genannten Contracten sämmtlich, und aus ungenannten Contracten abermals sämmtlich eine certi condictio entspringen konnte [*certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur* —]; allein während wir schon aus dem Falle der erst von uns getauften sine causa condictiones ermeßen konnten, daß auf den Namen nichts ankomme, dagegen nur schwer begreifen, daß namentlich auch aus b. f. negotiis eine solche condictio entspringen könne, mögen sie nun was immer für einen oder keinen Namen haben, so soll uns Ulpian in den nächstfolgenden Worten [*sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto*] doch nur darüber vergewissern, daß auch aus namenlosen Contracten eine solche condictio entspringe. Aehnliches läßt sich auch über die Gleichstellung der certi und incerti contractus in l. 1. §. 6. cit. und l. 18. pr. cit. sagen; denn es scheint uns viel bemerklicher, daß b. f. obligationes, als daß ungenannte Forderungen zur Constituirung und Acceptilirung gelangen können. Endlich fragt sich, wohin denn in l. 1. §. 6. cit. [*Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, i. e. ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocunque alio contractu*] die Worte et si ex causa emtionis etc. zu beziehen seien. Sind die incerti namenlose Contracte, so müßen dieselben auf beide Arten bezogen

werden, sowohl auf die certi, als incerti; es scheint uns aber nicht nur räumlich, sondern auch logisch näher zu liegen, daß sie sich nur auf die incerti beziehen; denn sollte gesagt werden, daß auch aus unbenannten Contracten constituirt werden könne, so konnte es sich um ein weiteres Anführen (et si etc.) nur mehr von incerti contractus handeln. Nun aber kommt unter den Beispielen zu den incerti contractus auch ein benannter vor. Dies alles bewegt uns, der von Savigny aufgestellten Erklärung nur die Möglichkeit zuzugestehen, die Wahrscheinlichkeit aber abzusprechen. Ist es aber nicht der Gegenstand, und auch nicht der Name, wornach das fragliche certum und incertum sich richtet, so möchte kaum ein anderer Ausweg übrig bleiben, als der, daß dieses certum und incertum eine Gewißheit oder Ungewißheit darüber bedeute, ob der jedesmalige Contract schon an und für sich auf ein debitum schließen lasse, oder nicht. Daß eine derartige Gewißheit oder Ungewißheit in einer Reihe von Contracten vorkomme, wird man kaum verkennen; auch nicht annehmen wollen, daß sie den röm. Juristen nicht bekannt gewesen; so fragt es sich denn nur noch, ob wir jenen ziemlich heimatlosen Terminus unserer Quellen nicht für diese Gewißheit und Ungewißheit in Anspruch nehmen dürfen. Daß er, so gedeutet, durchweg guten Sinn gibt, geht schon aus unseren obigen Ausstellungen hervor; für certi condictio, de pecunia constituta, und betreffs der Acceptilation verdient nichts mehr hervorgehoben zu werden, als daß ihnen selbst solche Contracte nicht fremd sind, denen man es gar nicht ansieht, ob sie ein debitum enthalten; und namentlich ist unter den Exempeln der l. 1. §. 6. cit. keines aufgeführt, das nicht ein ungewisser Contract in unserem Sinne wäre; ein unmittelbares Zeugniß aber entnehmen wir aus der später noch näher zu betrachtenden l. 10. D. r. cr. — debitum iri non est certum, und Gaj. III. 124. — Betrachten wir jetzt Obligationen und Schulden noch im Vergleich mit den bonae fidei und stricti juris actiones oder judicia, so sind jedenfalls die gemachten oder förmlichen Schulden [ursprünglich vielleicht nur sie — Keller, a. a. O. §. 88.], dann die aus Darlehen, aus dem was sine causa auf uns gekommen, und die aus einem Damnationslegat (Savigny, a. a. O. S. 481 fg. S. 503 fg.), also überhaupt die Forderungen aus „gewissen" Contracten st. j. actiones, und nur

st. j. actiones. Die Delictsschulden lagen außerhalb der stricti juris und b. f. actiones, bald diesen, bald jenen näher (Keller, a. a. O. S. 384. 2. Aufl. S. 390. 1. Aufl. Sav. a. a. O. S. 475.). Die Forderungen aus ungewissen Contracten (worunter auch Quasicontracte) dagegen sind b. f. actiones, und nur sie sind b. f. actiones. §. 28. J. act. 4, 6. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneratitia, familiae herciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio ... Bei Gajus (IV. 62.) hatte hereditatis petitio keinen Platz; sie „unter die b. f. actiones zu zählen, hat erst Justinian vorgeschrieben" (Keller, a. a. O. S. 384. l. 12. §. 3. C. her. pet. 3, 31.). Die ästimatorischen Contracte sind entschieden ungewiß, während der Tausch (wenn Realcontract) sofort und nothwendig eine Schuld mit sich zu führen scheint. Ob hier aber nicht die Möglichkeit, anstatt der Gegenleistung das Gegebene zurückzufordern, die Gegenleistung als minder fertige Schuld erscheinen ließ? Wie man über diesen einzelnen Fall, oder, wenn man alle praescriptis verbis actiones aus J. Contracten b. f. actiones sein läßt (Sav. a. a. O. S. 485. not. f.), über diese ganze Gattung von Fällen denken mag: so werden wir, da sonst alles zusammentrifft, immerhin annehmen müssen, daß der Unterschied der stricti juris und bonae fidei actiones (judicia) mit dem angegebenen Unterschied der Obligationen in einer nicht blos zufälligen Verbindung stund.

Sind also „gewisse" Contracte die Sachen der str. j. actiones, „ungewisse" die der b. f. actiones, so werden sich die b. f. actiones, — wofern es Verurtheilung in Schulden gilt — wahrscheinlich als minder exigibel erweisen, denn die str. j. actiones, mithin auch die Schulden aus „ungewissen" Contracten minder Vermögen sein als die aus gewissen. Denn die Schulden aus den gewissen Contracten haben vor den ungewissen eine Gewißheit voraus, ohne welche die Verurtheilung in Schulden unmöglich ist: die Gewißheit, daß wenn der eingeklagte Contract überhaupt zur Existenz gekommen ist, auch eine Schuld zur Existenz gekommen ist. Diese Gewißheit ist über allen Beweis erhaben, und bedarf keines Erkenntnisses; je weniger aber eine

Forderung des Beweises, ja des Richters bedarf, desto weniger ist sie dem Zufall und der Verkennung ausgesetzt, desto einbringlicher, desto werthvoller ist sie. — Vielleicht aller, jedenfalls der erheblichste Unterschied zwischen b. f. und str.-j. judiciis führt auf dieses certum und incertum zurück. Dort hat der Richter von Amtswegen das Recht und die Pflicht der Rücksicht auf Gegenansprüche ex eadem causa und der Compensation (§. 30. J. act.); von selbst das Ermessen über dolus (l. 21. D. sol. matr. 24, 3. l. 84. §. 5. D. leg. I.); mitunter vorschriftmäßig ein arbitrium auf Zufriedenstellung des Klägers [*§. 31. J. act. — ex arbitrio judicis — actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat*]; eine „libera potestas“ in Feststellung der Größe (§. 30. J. eod.), mithin auch der Existenz der Schuld, — eine „libera potestas“, welche natürlich nicht Willkür, sondern von jeher an die Intention des Geschäftes (l. 7. D. neg. gest. 3, 5.), an das, „was der Brauch ist“ (l. 31. §. 20. D. aed. ed. 21, 1.), und mehr und mehr durch die Jurisprudenz und ihre Regeln [*l. 1. pr.; l. 32. §. 2; l. 5; l. 38. §. 15. D. usur. 22, 1.; l. 54. pr. D. mand. 17, 1; l. 108. §. 12. D. leg. I. (30.); l. 5. pr. D. in lit. jur. 12, 3.* vgl. Keller, a. a. O. 2. Ausg. S. 379.] gebunden war, nach all dem aber oft genug noch auf Fälle stoßen mußte, in denen ihm nur mehr sein Gewissen [*libera et nullis adstricta vinculis religio“ Senec. benef. III. 7.*], vielmehr was als Gebot des guten Gewissens, der Treue und Billigkeit unter den gegebenen Umständen erschien [*„quidquid ob eam rem N^m^ N^m^ A^s^ A^s^ dare facere oportet ex fide bona —“* z. B. *Gaj. IV. §. 47. Cic. off. III. c. 15. „— judiciis, in quibus additur ex fide bona —“*] zur Richtschnur dienen sollte. All das hängt mit dem incertum des b. f. contractus zusammen; in diesem ist die Schuld nicht schon durch die Parteien festgestellt; darum die Feststellung durch den Richter; dazu bald Rücksicht auf Gegenansprüche und Compensation, bald Untersuchung, ob eine Verschuldung vorliege; dazu vielleicht vornehmlich jenes arbitrium; es sollte den Beklagten zur Entscheidung drängen: ob er restituiren 2c. oder an sich halten, sich entschuldigen oder verschulden, ob er absolvirt oder — was ohne debitum unmöglich — condemnirt sein wolle; und wie die Parteien, indem sie Schul-

den ohne eigene Feststellung entspringen lassen, auf Treu und Glauben handeln, sollte darnach auch der Richter verfahren und erkennen. In str. j. judiciis dagegen, wo die Schuld schon durch die Parteien (in den gemachten oder förmlichen Schulden) oder durch die Sache selbst (re — Darlehen ꝛc.) festgestellt ist, hat der Richter wesentlich nur mehr das Dasein jenes Formal- oder Realgeschäftes zu erkennen; in und mit diesem die Schuld selbst erkannt; es kann sich darnach um keinen dolus (Verschuldung) des Beklagten mehr handeln, sondern nur mehr um allenfallsige solutio, und selbst dieses schien, wenn nach der L. C. gezahlt ꝛc. war, zweifelhaft (Gaj. §. 114. Keller, a. a. O. §. 67.); ferner ist jede „Schuld" einseitig, str. j. judicium in diesem Sinne simplex (Cic. pro Rosc. Com. c. 5.), und an eine Compensation von Amtswegen nicht zu denken; selbst wo cum compensatione (aus einer Gegenforderung ex dispari causa) geklagt wurde, blieb es einseitig (Gaj. IV. §. 64.), und gleiches müssen wir wenigstens der Form nach festhalten auch für den Fall, daß propter (nicht per) exceptionem doli (§. 30. J. act.) compensirt wurde.

Also wie die Schulden aus den „gewissen" Contracten an und für sich auf weniger Voraussetzungen beruhten, als die aus ungewissen, stund ihnen auch ein einfacherer, darum günstigerer Prozeß zur Seite [*Ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, et certos quos non excedat terminos ponit; hujus libera, et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adjicere — Seneca l. cit.*], so daß wir wohl behaupten durften, die str. j. actiones seien exigibler gewesen, als die b. f. actiones, und die dorthin passenden Schulden mehr ein Haben, als die hierher gehörenden. Ob wir Grund haben, einen ähnlichen Unterschied für unser heutiges Recht zu behaupten, soll bei den „einzelnen Forderungen" erörtert werden; in gegenwärtigem Zusammenhange dagegen muß noch eine andere Frage behandelt werden.

Die str. j. actiones heißen auch „condictiones" (Sav. a. a. O. S. 503 fg.). Nach obigem möchte man annehmen, daß nur Forderungen aus Contracten, überdieß nur die aus „gewissen" Contracten condicirt werden können. Nun ist aber

im Gegentheil mehrfach bezeugt, daß aus allen Contracten condicirt werden konnte. Woferne der Grund dieser uns außerordentlich dünkenden Condictionen überall auf furtum zurückgeführt, sie selbst also in eine condictio furtiva aufgelöst werden könnten (z. B. l. 45. l. 46. l. 47. pr. D. pro socio 17, 2. l. 34. §. 2. D. a. et a. 44, 7.), wäre ein weiteres überflüssig; allein sicher konnte gegen Mandatare, Socii, Pächter, Depositare rc. condicirt werden auch ohne daß sie gestohlen hatten (vgl. l. 9. pr. mit §. 1. D. r. cr. §. 9. eod. l. 13. §. 1. D. dep. 16, 3. vgl. Sav. a. a. O. S. 518. a.), und nun macht die Frage, warum und wann auch ohne furtum condictio platzgegriffen, einige Schwierigkeit. Zwar scheint Savigny allenthalben Anklang gefunden zu haben, indem er den Condictionen das Creditum, dem Creditum das „aes alienum", d. i. einen Vermögensübergang vom Gläubiger an den Schuldner als nothwendige Grundlage unterbreitet (a. a. O. Beil. XIV. vgl. u. a. S. 514. not. c.), aus unseren ungewissen Contracten also dann und nur dann eine condictio entspringen läßt, insoferne aus dem Vermögen des Gläubigers etwas in das des Verpflichteten gekommen ist. Zwar spricht es Savigny nicht überall wörtlich aus, daß der Mandatar, Tutor, Socius rc. aus der Sache des Mandanten, Pupillen, anderen Socius rc. etwas erworben, sich also bereichert haben müsse (vgl. Nr. VI. S. 518. fg.); indessen gewiß nur um Wiederholungen zu vermeiden; er würde ja sonst seinem Condictionenprinzipe untreu sein, auch z. B. auf S. 518. nicht gesagt haben: „In unmittelbarer Entwicklung schließen sich „an das Darlehen diejenigen Fälle an, worin dem Anderen eine „Sache ohne Uebertragung des Eigenthums anvertraut worden „ist, er aber das Eigenthum des Gebers eigenmächtig zerstört „und sich dadurch bereichert hat. — In vollständigster „Entwicklung ist diese Regel ausgesprochen bei dem schon oben „erwähnten Fall des Depositum u. s. f." Indessen können wir nicht umhin, wie die Regel, so die Entwicklung für falsch zu halten. Vor allem kann man aus dem Worte aes alienum zwar schließen, daß es einer Art von Schulden entnommen ist, denen der gedachte Vermögensübergang zu Grunde liegt; nicht aber daß alles, was aes alienum heißt, dieselbe Grundlage habe. Die Römer definiren aes alienum kurzweg als das, was wir

einem anderen schuldig sind [*l. 213. §. 1. D. v. s. Aes alienum est, quod nos aliis debemus*]; wenn Savigny zu dieser Definition hinzufügt: „nämlich das Geld, welches aus fremdem Vermögen in unser Eigenthum gekommen ist, und wieder „einmal in des Gebers Eigenthum zurückkehren soll", kann er nur das Wort, nicht die Definition erläutern wollen; denn definitionsmäßig ist aes alienum mit debitum identisch, und das alienum gewissermaßen durch „aliis" abgefunden. Sofort fehlt es an Zeugnissen, daß aus den ungewissen Contracten nur im Falle eines Vermögensüberganges condicirt werden könne; die betreffenden Stellen (l. 9. pr. §. 3. D. r. cr. l. 28. §. 4. D. jurej. 12, 2. l. 5. D. exc. r. j. 44, 2. l. 4. §. 1. D. r. cr. l. 13. §. 1. D. depos. 16, 3; l. 45—l. 47. pr. D. pro soc. 17, 2. l. 34. §. 2. D. o. et a. gehören nicht hieher) lauten viel allgemeiner, und eine von ihnen scheint uns ziemlich klar zu widersprechen: l. 13. §. 1. D. depos. Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam quid dolo admissum sit; non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit. Daß Depositar die Sache zu seinem Nutzen verwendet haben müsse, ist nicht gesagt; vielmehr soll jede Verschuldung eine condictio begründen; mehr also wird nicht vorausgesetzt, als daß seine Verpflichtung sich zur Schuld verwandle, daß ein debitum (vgl. l. 1. §. 6. D. pec. const. 13, 5.) oder aes alienum da sei. Der Gegensatz des debitum aus einem Depositum zu der obligatio des Depositars überhaupt, (so wie daß dieser Contract darum „incertus" sein möchte, weil zunächst ungewiß ist, ob er ein debitum nach sich zieht) tritt klar hervor in l. 10. D. r. cr. Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum. Hier ist Geld deponirt, ein debitum durch Gebrauch des eingeräumten Credits in Aussicht; obwohl ein credere mitunterläuft, wird die condictio doch auf Existenz des debitum verstellt; entspringt das debitum aus Verschuldung (dolus), so fällt die condictio wieder mit dem debitum zusammen, auf die Art des dolus kommt weiter nichts an. So möchten wir denn die Behauptung aufstellen, daß aus ungewissen Contracten allgemein dann eine condictio in Concurrenz mit der

betreffenden b. f. actio möglich wurde, wenn es in Folge derselben wirklich zu einem debitum gekommen war. Zweifelhaft aber scheint uns, ob die Schuld dann überdies eine Geldschuld sein mußte, und überall nur ein certum condicirt werden konnte (vgl. l. 9. pr. cit. l. 28. §. 4. cit. mit den übrigen citt. Stellen), so daß also, wer ein certum zu behaupten und zu gefährden sich nicht traute, mit einem b. f. judicium zufrieden sein mußte (Keller, a. a. O. §. 88. Nr. 107.), oder ob jede „Schuld" anstatt in b. f. judicio, vor strengerem Gericht eingeklagt werden durfte. Ehe dieser Zweifel gehoben ist, scheint es auch unnütz, dem Grunde dieser „jüngsten Rechtsentwicklung" (Keller, a. a. O. arg. l. 34. pr. D. mand. 17, 1.) weiter nachzugehen. Für unser heutiges Recht hat es auch viel weniger Werth, zu wissen, ob alle, oder welche „Schulden" in str. j. judicio verfolgt werden konnten, — als festzustellen, ob und welche Contracte wir heute noch als „gewisse" Contracte zu betrachten und zu behandeln haben; der gewisse Contract führt von selbst zu günstigerem Prozeß; Schulden aus ungewissen Contracten können dadurch, daß sie in str. judiciis eingeführt wurden, über ihre weitläufigere minder streitbare Herkunft nicht erhoben worden sein, wenn auch etwelche Vortheile für sie abfielen, so bei der certi condictio die besondere Gefahr für den hartnäckigen Schuldner.

§. 93.

Noch eine andere, bereits unter den Actionen (§. 24. S. 52 fg.) wahrgenommene Eintheilung der Forderungen steht in Beziehung zu dem Vermögen: die in poenales actiones, welche sämmtlich — und in rei persecutionem enthaltende actiones, welche zur Hälfte in personam actiones sind (S. 52.). Daß sich diese Eintheilung auf das Vermögen bezieht, erhellt aus der Bedeutung der reipersecutorischen Actionen, indem „rei" persecutio nichts als eine patrimonii persecutio, Vermögens-Verfolgung ist (S. 52 unten), das andere Glied der Eintheilung also nothwendig entweder eine andere, oder eine mindere, oder gar keine Vermögensverfolgung sein muß. Die Meisten erblicken auch in der poenae persecutio eine Vermögensverfolgung, so viel uns scheint, eine andere, als in der rei persecutio. In letzterer sehen sie Klagen, die dazu bestimmt seien, „den Vermögenszustand zu erhal-

ten, oder, wenn er gestört ist, wiederherzustellen" (Sav. Syst. V. S. 38. vgl. Wächter, Hdb. des würt. Privr. II. S. 424, I. Puchta, P. §. 84. Arndts, P. §. 98. Keller, r. Civilpr. §. 91. u. A. m.), in der poenae persecutio Klagen, die dem Vermögen „einen Zuwachs verschaffen" (Puchta a. a. O.). Unser früher (S. 52.) mehr angedeutetes als ausgesprochenes Bedenken hiegegen müssen wir hier ausdrücklicher wiederholen. Denn für den Charakter einer poenalis actio schien es uns gleichgültig, ob die Condemnation des Beklagten den Kläger bereichere, oder nur entschädige; wir mußten alles darauf verstellen, ob die Klage poenae nomine concipirt und aufgestellt sei, oder nicht (S. 53.). Ferner scheint uns manche reipersecutorische Klage, z. B. die aus einem Schenkungsversprechen, denselben bereichernden Einfluß auf das Vermögen des Klägers zu äußern, wie ihn wenigstens die s. g. zweiseitigen Strafklagen äußern, und dennoch sind sie reipersecutorisch, und nicht pönal. Endlich kann der Verurtheilte in dem Vortheil, den er vielleicht aus seinem Delicte gezogen, eine Deckung für die poena finden. — Im Gegensatze zu der hier angefochtenen Auffassung möchten wir nunmehr behaupten, daß jede persecutio, die nicht rei persecutio ist, keine andere, sondern keine Vermögensverfolgung sei. Ihrem Gegenstande nach, sagen wir, ist poenae persecutio keine Vermögensverfolgung; ihrer Wirkung nach schlägt sie zu Vermögen, bald zum Gewinne neuen, bald zum Ersatze verlorenen Vermögens aus. Treffend scheint uns Kierulff (Theorie des gem. Civilr. S. 172.) zu bemerken: „Die persönlichen Klagen sind pönal, wenn sie die Verletzung als solche, abgesehen „von ihrem Einflusse auf das Vermögen verfolgen." Verfolgung des Unrechts möchte wirklich Grundzug der poenae persecutio sein. Ihr stellen wir die Verfolgung des Rechts als Grundzug der rei persecutio gegenüber. In dem Ausdruck „poenae persecutio" wäre demnach an die Stelle des Unrechts das was seine Verfolgung abschneiden (decidere?), es selbst sühnen soll (poena), versetzt; als Gegenstand der Verfolgung aber immerhin das was der poena zu Grunde liegt, die injuria, ein factum, delictum zu denken. Die poena ist uns nicht Gegenstand, geschweige denn Recht des Klägers. Dürften wir über die Zeit unserer Quellen nicht nur zurückgreifen, sondern auch etwas in ihr er-

blicken, was für andere Völker des Abendlands bezeugt, für Griechen und Römer aber in dem Worte poena angedeutet ist — das Compositionensystem (vgl. Rein, Crimr. der Römer, S. 24 fg): so wäre das Recht des Beleidigten die Verfolgung selbst; die poena dagegen, d. i. die Stellung und Stillung der Verfolgung durch einen über die Willkür des Verfolgers erhabenen gesetzlichen Bußsatz ein Recht des Verfolgten. Dieses Wesen der poena lag offen vor Augen, so lange die Verfolgung verschiedene Mittel und Wege hatte; wenn diese dagegen auf den Rechtsweg verwiesen und eingeschränkt wurde, war keine Rache und keine Sühne mehr denkbar außer der poena; sie der nothwendige Ausgang der Verfolgung, sie nunmehr Pflicht des Verfolgten, und ein Letztes, das an die Stelle des Ersten trat. Nichtsdestoweniger muß die römische Jurisprudenz noch immer nicht die poena, nicht ein poenam dare oportere, als Recht und Gegenstand des Klägers gedacht haben; denn sonst hätte sie die poenae persecutio als pecuniae, mithin nothwendig auch als rei persecutio denken müssen; erschien ihr dagegen das Delict als Gegenstand, die Verfolgung als Recht, so war der Gegensatz zur rei persecutio von selbst da.

Die Verfolgung des Unrechts geht über seinen Urheber nicht hinaus [*l. 22. D. o. n. n. 39. 1. — in poenam heres non succedit. l. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9, 2. — sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, quum sit poenalis* —]; anderseits soll der Erbe doch wenigstens keinen Vortheil aus demselben behalten [*l. 23. §. 8. cit. — nisi forte ex damno locupletior heres factus sit. l. 38. D. r. j. Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset. l. 127. eod. — sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. l. 17. §. 1. l. 26. l. 27. D. dolo 4, 3. l. un. C. ex delict. defunctorum in quantum heredes conveniantur 4, 17 etc.* vgl. Arndts, P. §. 104. Anm. 2.]. Auch über den Betroffenen geht sie nicht hinaus, woferne das Unrecht mehr Beleidigung als Schaden ist, mehr das Gemüth als das Gut trifft, mehr nach Rache, als nach Geld schreit „— magis vindictae quam pecuniae habet persecutionem (l. 2. §. 4. D. collat. 37, 6.) [*l. 13. pr. D. inj. 47, 10. Injuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur; — l. 6. D. sepulc. viol. 47, 12. . . . quum*

haec actio non ad rem familiarem ejusdem, magis ad ultionem pertineat. l. 10. eod. . . . quum etsi per hereditatem obtigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum; — l. 9. D. relig. . . . et ut funus ducere liceat 11, 7. . . . Unde miror, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem; nam ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur; certe perpetuo ea inter ipsos competit. cf. l. 6. C. sep. viol. 9, 19. Cum sit injustum, . . . injuriam fieri reliquiis etc. Savigny a. a. O. S. 201; *l. 4. D. calumn. 3, 6. cf. l. 3. §. 3. eod.; — l. ult. C. revoc. donat. 8, 56.*]; im entgegengesetzten Falle vererbt sie [*l. 23. §. 8. D. ad l. Aq. cit. l. 9. §. ult. — l. 11. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5. l. 47. D. furt. 47, 2.*].

Ihrer Wirkung nach sind die Strafforderungen sämmtlich Vermögen, und insoferne selbst wenn sie vindictam magis quam pecuniae persecutionem habent, dennoch „pecuniariae actiones" (arg. l. 9. D. sepulc. viol.). So müssen sie denn auch in Ansatz kommen, wo das Vermögen berechnet wird [*l. 32. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2; l. 2. §. 4. D. collat. 37, 6; l. 52. §. 16. D. pro soc. 16, 2.*]; es wäre denn, daß bona defuncti in Frage stehen, und Strafforderungen, die durch dessen Tod erloschen sind [*l. 32. pr. cit.:* hieher *l. 28. D. inj. Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestamur*], oder daß das Vermögen conferirt werden soll; auch dazu schien den Römern die s. g. vindictam spirans actio zu persönlich (l. 2. §. 4. cit.).

2. Einzelne Forderungen.

§. 94.

In den Forderungen das Vermögen festhaltend werden wir zuoberst diejenigen, die durchweg Vermögen sind, von denen, die es nur nach einer Seite sind, scheiden, und also A. Forderungen aus Contracten und Quasicontracten — Geschäftsforderungen (vgl. Puchta, P. Rubr. §. 394 fg. Keller, r. Civilpr. Register S. 405. „Geschäftsobligation") vor den B. Strafforderungen — diese jedoch — um die Delictsschulden sämmtlich beisammen zu lassen — unter der weiteren (S. 53.) Classe von „Delictsforderungen" behandeln. Unter den Con-

tractsforderungen aber stellen wir a) die aus den „gewissen" Contracten, weil sie uns mehr „werth" zu sein schienen, b) denen aus den ungewissen Contracten voran; und unterscheiden da wie dort α) solche die re, β) solche die blos durch Vertrag oder Willenserklärung begründet sind.

Ueberall aber werden wir die Forderungen in ihrer vornehmsten Wirksamkeit, als actiones, denken und behandeln, dadurch den Quellen näher bleiben (vgl. Dig. lib. 12 — 19.), und Wiederholungen vermeiden.

A. Geschäftsforderungen.

a. Aus gewissen Contracten.

α. Realcontractsforderungen.

§. 95.

Die Darlehensforderung.

Die Darlehensforderung („mutui actio, s. condictio" l. 5. C. quib. non obj. l. t. praescr. 7, 35. l. 9. §. 9. D. h. t. 12, 1.) gründet sich auf mutui datio, numeratio. Gegenstand der letzteren sind „res, quae pondere, numero, mensura consistunt" (l. 2. §. 1. eod.), dies selbst im Falle des s. g. contractus mohatrae (l. 11. pr. eod. l. 19. pr. D. praescr. v. 19, 5.). Die datio selbst soll 1) Eigenthumsübertragung sein, ja das Wort „mutuum" diese Bedeutung haben (l. 2. §. 2. D. h. t.); und immerhin ist von diesem Grundsatze so viel stehen geblieben, daß eine Hingabe, bei der der Eigenthümer das Eigenthum nicht geben will (l. 8. eod.), oder nicht geben kann (l. 2. §. 4. l. 16. l. 13. §. 2. eod.), noch kein Darlehen ist; — ferner soll 2) die datio eine Uebertragung sein [*l. 2. §. 3. eod. . . . Item mutuum non potest esse nisi proficiscatur pecunia . . .*], der Schuldner etwas empfangen; und immerhin scheint auch hievon wenigstens so viel festgehalten, daß ein Empfang wo nicht buchstäblich, so doch im freieren Sinne des Wortes muß angenommen werden können [*l. 15. eod. . . . ut . . videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*]; denn auch diese Eigenthümlichkeit sollte den Credit des Darlehens vor anderem Credite auszeichnen, bei dem keine Vermögensübertragung vorkommt [*l. 2. §. 3. . . . creditum autem interdum (potest esse), etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos*

promittatur]; würde sie preisgegeben, so wäre das Darlehen kein Realcontract mehr (alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse — l. 34 pr. D. mand. 17, 1.) — endlich sollte 3) die datio eine von dem Gläubiger an den Schuldner sein. Allein nach dieser wie nach ihren beiden vorher beschriebenen Seiten hat sich die datio, und damit das Darlehen so viel als möglich Abweichungen und Ausdehnungen erlaubt. Denn wenn ad 1) Eigenthum (Credit) gegeben werden wollte, konnte es auch ohne Eigenthum, — durch Consumtion — noch zum Darlehen kommen [l. 12. in f. *l. 13. §. 1. l. 19. §. 1. D. h. t. in f.* — Fälle, die mit denen in *l. 12. ab init.*, wo kein Credit vorliegt, nicht zu verwechseln sind]. Ad 2) Ist derjenige, welcher von uns borgt, schon vorher im Besitze unseres Geldes [*l. 34 pr. D. mand.* 17, *1. . . . quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas . . .*], so fehlt es weder an der Eigenthumsübertragung, noch an der Eigenthumsübertragung (vgl. S. 200. Z. 11. v. unten); dagegen vor allem an letzterer, wenn er uns das zu borgende Geld „schuldig" ist [*l. 15. D. h. t. . . . quum ex causa mandati pecuniam mihi „debeas" et convenerit, ut crediti nomine eam retineas . . . l. 34. pr. cit. ab in.*], oder nicht unmittelbar bekommen hat [*l. 11. pr. D. h. t. Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi . . . ut eam venderes, et nummis utereris . . . l. 19. pr. D. pr. v. 19, 5. l. 34. pr. cit.*]; eine buchstäbliche Uebertragung des Geldes wenigstens liegt nicht vor. Africanus fand hier wirklich kein Darlehen mehr (l. 34. pr.); in den übrigen Stellen wird es angenommen, und ihnen ist man gefolgt (vgl. Sav. Syst. I. S. 281. a. Sintenis, gem. pract. Civilr. II. §. 108. Anm. 10.). Was aber das Darlehen an schuldigen Geldern anlangt, bleibt uns ein Zweifel übrig: ob Ulpian (l. 15. cit.) ein solches an allen Arten von Schulden für möglich hielt? Ist es wahr, daß er an dem Erforderniß des Geldüberganges wenigstens der Sache nach festhielt, so kann er nicht alle Schulden gemeint haben; die Schuld von der Er, wie die von der Africanus spricht, sind aus einem Geschäfte für den Gläubiger entsprungen, nach Africanus überdies aus Eintreibung von Geldern; hier läßt sich jener Uebergang noch immer verfolgen; dagegen nicht mehr, wenn,

wie z.B. so häufig geschieht, Bräuer und Wirth aus der Bierschuld ein Darlehen machen. Freilich kann man auch hier noch fingiren, daß der Schuldner gezahlt und zurückempfangen habe (l. 15. cit. in f.); das wäre aber nicht mehr Festhaltung, sondern Verspottung der Sache. Irren wir nicht, so wendet Ulpian seine Fiktion [*ut videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta*] nur da an, wo der künftige Darlehensgläubiger aus dem Vermögen des Gläubigers, was er bekommen soll, bereits hat; dieselbe soll nur die gewöhnliche Form der datio (daß der Schuldner unmittelbar empfange), und deren Consequenz für den vorliegenden Fall (daß er ein mittelbar Empfangenes zuerst heimgebe und dann zurückempfange), nicht aber den Empfang selbst überflüssig machen [vgl. die verschiedenen Ansichten der Glosse zu *l. 15. cit.* Unterholzner, Lehre des r. R. vom den Schuldverhältnissen II. §. 308. II. f. Dagegen Seuffert, pract. Pandr. §. 309. 1. Sintenis, a. a. O. §. 108. Nr. I. Puchta Vorl. §. 304. 2. b. Wang. §. 623. Anm. 1. II. 2.]. Endlich sollte ad 3) die datio eine des Gläubigers an den Schuldner sein. Wenn Jemand im Auftrag eines Dritten dieses Dritten Geld hingibt, ist immer noch dieser Dritte der Geber, mithin eine datio und ein Darlehen dieses Dritten ohne Weiterung möglich. Wenn aber Jemand sein eigenes Geld hingibt, scheint nur Er der Geber zu sein, also Niemand als Er Gläubiger werden zu können: mag er nun Namens, oder im Auftrag eines Dritten geben oder nicht. Gleichwohl kann hier anstatt seiner ein Dritter, also wie es scheint der Nichtgeber, Gläubiger werden. Einmal so, daß letzterer selbst mit dem Darlehenssucher contrahirt, diesen in Betreff des Geldempfangs aber an einen Anderen, z.B. seinen Schuldner verweist [*l. 34. pr. cit. ... quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat; id enim benigne receptum est ... l. 15. cit. Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis ...*]; dann auch so, daß ein Anderer anstatt des Gläubigers nicht nur gibt, sondern auch contrahirt [*l. 126. §. 2. D. v. o. ... si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur ... l. 2. C. per quas pers. no-*

bis acq. 4, 27]. Indessen wird auch bei diesem zweiten Falle des Darlehens vermittelst fremder Person und fremden Geldes voluntas (Mandat oder Ratihabitio) von Seite dessen, der Gläubiger werden soll, vorausgesetzt [*l. 9. §. 8. D. h. t. Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, adquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro X. scribit: veram esse Aristonis sententiam; nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi acquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor meus et futuro debitori nostro.* Anstatt dieser letzteren sinnlosen Worte der *Florent.* liest *Halo.: ut n. n. creditor numeret debitori nostro.* vgl. auch Glück Comm. *XII.* §. *779.* Anstatt der Worte am Eingange: „*velut tuos*" schlugen wir vor: *voluntate tua, sed* — meine krit. Bl. *nro.* 2. S. 26. fg. S. 31. fg.]; gerade diese Voraussetzung beweist aber, daß unser Erforderniß (die datio müße eine des Gläubigers sein) nicht verlassen, sondern nur freier interpretirt ist; denn kraft des Mandates oder der Ratihabitio kommt es dazu, daß der letzten Wirkung nach dennoch der Gläubiger gegeben hat (vgl. l. 47. D. cond. ind. und dazu meine krit. Bl. a. a. O. S. 28. fg.). Wir bemerken in dem zuletzt erwähnten Falle des Darlehens eine Stellvertretung im Erwerbe von Forderungen, wie sie sonst im R. Rechte nicht vorkommt. Den Grund dieser außerordentlichen Erscheinung finden wir darin, daß die Grundlage für diesen Erwerb in der datio, numeratio liegt [*l. 19. pr. D. h. t. . . . numeratio eum, qui accepit, obligat. . .*], in der eine Stellvertretung auch nach R. Rechte möglich ist.

Ueber eine numeratio pecuniae können nun aber beliebige Nebenberedungen errichtet werden (l. 7. eod.); in der mutui datio liegt Eine nothwendig und stillschweigend: Mutuum damus recepturi . . . idem genus (l. 2. l. 8. eod. . . ut . . tui fiant, sisque mihi obligatus). Gemäß dieses Gedinges soll also mutui datio zu einem „Wechsel" führen — der dem „mutuum" näher liegen dürfte als die Eigenthumsübertragung — und zwar zu einem Summen- oder Quantitätenwechsel. Ihn zieht Empfänger auf sich: nicht erst durch Worte, oder gar Papier, sondern durch den Empfang. Woferne nur nicht durch Bedingungen, gemachte oder nothwendige, mutui

datio schwebt (l. 8. eod.), entspringt sofort aus dem Empfang die Schuld, welche wir nur deswegen keine Wechselschuld (mutui obligatio) nennen, weil dieses Wort schon anderweitig in Gebrauch ist; obschon es nirgends besser als hier zuträfe. Der Empfang macht es an sich gewiß, daß schuldig ist; aber auch was und wie viel schuldig ist; weil es sich blos um einen Wechsel handelt, keinesfalls mehr als das Empfangene; dagegen können X. gegeben, und aber blos IX. zu Wechsel gestellt werden (l. 11. §. 1. eod.); nothwendig geht letzterer nicht blos auf gleiche Art, sondern auch auf gleiche Güte (l. 3. eod.). Nebenschulden waren nicht möglich, so namentlich keine durch bloßes Nebengeding zu begründende Zinse (arg. l. 3. C. usur. 4, 32), nicht als ob überhaupt durch ein pactum adjectum nicht hätten Zinse bedungen werden können (l. 24. D. dep. 16, 3: cf. l. 7. §. 5. D. pact. 2, 14.), sondern weil der Gedanke des bloßen „Wechsels" dieselben nicht gelitten zu haben scheint. Das ist anders geworden; und auch Verzugszinse sind heutzutage möglich (Arndts, P. §. 280. fg.). Dagegen immer noch ist es einzig und allein der Empfänger, welcher verpflichtet wird; Gegenansprüche sind nur ex diversa causa möglich; wie denn außerdem nicht sofort und nothwendig eine „Schuld" entstünde (S. 375.). Nur demjenigen aber wird der Empfänger ein mutuum schuldig, der ihm — im engerem oder weiteren Sinne (S. 391 ad 3.) — gibt, und geben will, und von welchem auch er nicht nur empfängt, sondern auch zu empfangen meint. Ohne diesen Consens ist zwischen Geber und Empfänger wegen der zu Grunde liegenden res noch immer eine obligatio, condictio (Juvenciana), dagegen kein mutuum, weil kein creditum, möglich (l. 32. D. h. t.).

Gegen die Klage aus dem Darlehen (die mit der aus dem Schuldschein nicht verwechselt werden darf) ist eine „exceptio" non numeratae pecuniae nicht denkbar, wohl aber Beweiserinnerung und Gegenbeweis, wenn der Beweis der mutui datio auf Grund von Empfangsbekenntnißen geführt wird. Weiteres hierüber in §. 100. Hingegen ist exceptio SC. Macedoniani nach wie vor als Exceptio festzuhalten; denn wenn wir das Gelddarlehen an einen ff., die Forderung, das Klagrecht, nicht als an und für sich existent dächten, wie wäre es möglich, daß interdum tamen, etsi Sconsulto locus sit, tamen in alium datur actio,

ut puta filiusf. institor mutuam pecuniam accepit — (l. 7. §. 11. D. SC. Maced. 14, 6). Eine weitere Wirksamkeit, die das Darlehen trotz der exceptio SC. M. hat, (aber auch haben könnte wenn es ipso jure nichtig wäre — S. 133 oben), ist die, daß naturalis obligatio aufkommt (l. 10. eod. l. 40. pr. D. cond. ind. 12, 6. cf. Arndts, P. §. 382, i.); wenn mitunter gleichwohl soluti repetitio zusteht, so hat dies seine besonderen Gründe [zu *l. 20. D. h. t.* vgl. *l. 8. eod.* Mühlenbruch, Arch. f. civ. Pr. *II.* S. 429. Anm. 43; mit *l. 9. §. 1. eod.* aber *l. 14. D. r. cr.* Der Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen scheint uns unlösbar — s. dag. Glück, *XIV.* S. 317. fg. —, des Marcellus Ansicht wenigstens gründlicher, nach Maßgabe der Compilation aber *l. 9. §. 1. cit.* vorwiegend; ist diese für uns nicht entscheidend (Schmidt, Methode der Auslegung der Just. Rechtsbücher, 1855. §. 90. §. 91), so liegt das letzte Wort bei der *sine causa condictio*]. — Uebrigens sollte nach Wort und Sinn des Senatusconsultes (l. 1. pr. D. h. t.) die exc. dem ff. nicht blos als solchem, nach dem bloßen Sinne desselben nicht blos ihm zustehen (l. 7. §. 10. l. 9. §. 3. eod.); ja sogar möglich sein, daß sie einem Anderen zusteht, dem ff. selbst aber nicht (Vang. §. 254. Anm. 1). Nach dem Buchstaben des Sc's müßte ferner bei jedem Gelddarlehen an einen ff. die exceptio platzgreifen, bei jedem anderen Darlehen und Credite dagegen unstatthaft sein; nun aber wird der Sinn des Sc's vorgezogen; die exceptio Sc'i bleibt aus, weil, trotz des Gelddarlehens, der Sinn desselben ausbleibt [*„mens Sc'i .. cessat“ — „cessat Sc'm“ — „Sc'i cessabit exceptio“ — l. 7. §. 4. §. 12. §. 14. eod.;* die Fälle: *l. 1. §. ult. l. 2. l. 19.; l. 3. pr.; l. 7. §. 11. si ipse pater eum praeposuisset etc. §. 15. l. 12. arg. l. 14; l. 7. §. 12—14. l. 17. eod.; l. 2. C. h. t. 4, 28. l. 7. §. ult. l. 9. pr. D. h. t.; l. 7. §. 1. C. h. t.*]; und trotzdem, daß der Buchstabe ausbleibt, kein Gelddarlehen, ja überhaupt kein Darlehen da ist, findet exceptio Sc'i statt, weil der Sinn des Sc's da ist (l. 7. §. 3. l. 3. §. 3. — l. 7. pr. D. h. t.). Aber nicht blos dem Sinne des Sc's zufolge, sondern auch „alia ratione“ kann das SC. ausfallen (l. 3. §. 2. eod. l. 34. pr. D. min. 4, 4). Schließlich verweisen wir auf Glück XIV. §. 898—904. Vang. §. 245. — aber auch auf den usus modernus Pandectarum, nach welchem

das SC. Macedonianum bei uns nie recht heimisch geworden zu sein scheint (vgl. S. Stryk ad h. t. §. 1. Kreittmayr, Anm. über den Cod. Max. Bav. civ. P. IV. cap. 2. §§. III. IV. nr. 9), wie es denn auch in mehreren deutschen Gesetzgebungen — z. B. allg. östr. bürg. Gesetzb. I. Thl. Privatr. Gesetzb. für den Kanton Zürich. 2. Abth. — und im Code civil fehlt, wahrscheinlich ohne daß deswegen ein pf. um sein Leben gekommen ist. Die deutsche Emancipation ist gegen solche Gefahren viel wirksamer, als das SC. Macedonianum.

Die Zurückforderungen.

§. 96.

Eine Verbindlichkeit etwas zurückzugeben liegt in gar vielen Obligationen, z. B. in allen genannten Realcontracten. Allein nicht in allen Obligationen ist diese Verbindlichkeit auch schon „Schuld"; z. B. nicht in Commodat, Depositum, Pignus; denn, um von weiterem abzusehen, wiederholen wir, daß in diesen Fällen dasjenige, was zurückgegeben werden soll, nicht im Vermögen des Verpflichteten ist [*l. 45. D. r. j. Neque pignus, neque depositum, neque precarium . . . rei suae consistere potest. l. 9. D. commod. 13, 6. Nemo . . commodando rem facit ejus cui commodat.*], wornach denn auch die Verbindlichkeit es zurückzugeben kein Passivum sein kann (S. 375.). Unsere Forderungen hier verlangen, was in das Vermögen des Verpflichteten „gekommen" ist — ein Wort, das die Rechtssprache eigentlich dann brauchte, wenn etwas in ein Vermögen nicht nur gekommen war, sondern auch darin bleiben sollte [*l. 71 pr. D. v. s. . . . „pervenisse" proprie illud dicitur, quod est remansurum*], nichtsdestoweniger aber gerade für denjenigen Vermögenszugang liebt, dem diese unsere Zurückforderung gegenübersteht (l. 1. §. 3. D. cond. sine causa 12, 7. l. 32. D. r. cr. 12, 1.). Hiernach, und weil gewöhnlich auch keine Gegenseitigkeit im Wege steht, haben wir es mit Schuldforderungen zu thun, und eben darin den Unterschied von vielen anderen Verpflichtungen zur Rückgabe. Ferner sind zwar alle Zurückforderungen auf etwas gerichtet, das von dem Zeitpunkt an, da die Forderung „erhoben" wird, im Vermögen des Ver-

pflichteten nicht mehr bleiben soll; allein nicht in allen kommt auch das vor: daß der Verpflichtete, was er zurückgeben soll, niemals hätte bekommen, oder doch seit Begründung der Obligatio nicht mehr hätte haben sollen. Das kommt namentlich bei derjenigen Zurückforderung, die gleich den unsrigen Schuldforderung ist — bei der Darlehensforderung — nicht vor; es kommt einzig und allein bei denjenigen Zurückforderungen vor, welche wir nach Vorgang der Quellen [*„repetitio“ l. 4. l. 5. l. 7. l. 8. D. cond. ob turp. 12, 5. l. 52. l. 65 pr. D. cond. ind. 12, 6. l. 14. in f. D. r. cr.*] „Zurückforderungen“ schlechtweg nennen, die darneben aber auch eine Bezeichnung haben, welche, wie so oft in der römischen Rechtssprache, nichts als eine abgekürzte Definition ist, und die denn auch dasjenige ausspricht, was wir als Kennzeichen unserer Zurückforderungen befunden haben: wir meinen den eigenen Namen (nicht Eigennamen; vgl. m. krit. Bl. Nr. 1. S. 4.): condictio sine causa [vgl. *Rubr. D. de condictione sine causa 12, 7.* mit der definitionsartigen *l. 66. D. cond. ind. 12, 6: Haec condictio ex bono et aequo introducta quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit* — was nicht blos auf die *cond. indebiti* geht; — und mit der Unterabtheilung dieses grundlosen Habens in *l. 4. D. cond. s. c. 12, 7. Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit; an causa propter quam datum sit, secuta non sit* — und *l. 1. §. 3. D. cond. s. c. . . . posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam*].

Daß etwas in das Vermögen des Verpflichteten gekommen sein müsse, damit die Zurückforderung da sei, erleidet in dem Falle der condictio furtiva eine Ausnahme, indem mit ihr Sachen, die dem Condicenten gehören, condicirt werden können [*l. 1. l. 7. §. 1. l. 10. §. 1. §. 2. D. cond. furt. 13, 1.*]. Ueberhaupt haben wir hier die außerordentliche Erscheinung, daß eine Schuldforderung auf etwas gerichtet ist, was dem Gläubiger gehört — ein „dare“ oportere, obwohl quod nostrum est, nobis (nec) dari potest (Gaj. IV. 4.). Dennoch bleibt bei näherer Betrachtung mehr Eigenthümliches, als Außerordentliches übrig. Denn durch das furtum geräth der fur nicht blos in die Lage etwa eines Depositars, der erst durch nachfolgende

Verschuldung etwas (aestimationem) schuldig wird; vielmehr ist er sofort durch das furtum verschuldet und schuldig. Gegenstand seiner Schuld ist aber nicht die Sache selbst, sondern wie beim Depositar, nachdem er verschuldet hat, deren Aestimatio, und zwar eine für ihn möglichst nachtheilige Aestimation (l. 8. §. 1. l. 13. D. h. t. 13, 1.); so befreit ihn denn auch kein casus (l. ult. eod. l. 1. §. 34. D. de vi 43, 16. cf. l. 15. eod.), während er durch Anbieten der Sache selbst diese (reipersecutorische — nicht die Poenal-) Schuld tilgen mag (l. 8. pr. vgl. l. 7. §. 2. pr. eod.). Also besteht denn doch eine Schuldforderung, zudem eine „gewisse"; die Gewährung einer condictio hatte den gewöhnlichen Grund (S. 395.); abnorm ist nur, daß ein dare oportere, das die gestohlene Sache selbst zum Gegenstande hatte, in die Formel gestellt wurde, im Widerspruche nicht nur mit der echten Bedeutung des dare (Gaj. IV. 4.), sondern auch mit dem wahren Gegenstande der „Schuld." Erst wenn die gestohlene Sache nicht mehr existirte, scheint deren Aestimation (quidquid ob eam rem dare facere oportet) condicirt worden zu sein (l. 8. pr. cit. . . . durat condictio aestimationis ejus . . .). Warum jedenfalls vorher ein dare oportere, und die gestohlene Sache selbst festgehalten wurde [— *In re furtiva condictio ipsarum corporum competit . . l. 8. pr. cit.*], getrauen wir uns nicht zu bestimmen; vielleicht liegt in der alten völkerrechtlichen rerum repetitio der Ursprung der Zurückforderungen überhaupt, und ein Vorbild für cond. in causa furtiva insbesondere; vielleicht in ihren Formeln der Vorgang für unser dare oportere [vgl. Livius *I. c. 32.* „*— illasque res dedier populo Romano, mihique exposco — quas res dari, fieri, solvi oportuit —*"]; sie festzuhalten mochte sich aber namentlich dann als practisch erweisen, wenn die gestohlene Sache in allen ihren Verwandlungen und Spezificationen verfolgt werden sollte (l. 13. l. 14. §. 2. D. h. t.). Wie dem aber sei, so scheint uns nicht sowohl die Aufstellung der condictio, als die der „Schuld" odio furum (Gaj. IV. 4.) geschehen zu sein. [Eine andere Auffassung s. bei Sav. Syst. V. S. 551 fg.].

Was und wie in das Vermögen des Schuldners gekommen sei, ist gleichgiltig; genug, daß es in dasselbe gekommen ist, und daß es aus dem Vermögen des Fordernden gekommen

ist [*l. 66. D. cond. ind. „— quod alterius apud alterum . . deprehenditur —“*]. Bemerkenswerth aber scheint uns doch, daß auch eine bloße possessio condicirt werden kann. Oder ist dadurch der Zurückforderung nicht Thür und Thor geöffnet, so daß z. B. wer immer vindiciren, auch condiciren kann, deswegen, weil seine possessio beim Beklagten ist, trotzdem daß ein Vermögensübergang nicht stattgefunden hat? Indessen kommt alles darauf an, daß wir sondern 1) die Fälle, in denen Jemand „seine eigene“ Sache condicirt, und insoferne den Besitz; hier geht die condictio nominell auf res ipsa (si paret eam rem dare oportere) und nur insoferne auf possessio, als Condicent in Wirklichkeit an seiner Sache mehr nicht erlangen kann; diese Fälle kommen nur ausnahmsweise vor: Rem . . suam per hanc actionem (triticariam) nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest . . (l. 1. §. 1. D. cond. trit. 13, 3.); Haupt= und Musterfall ist die condictio furtiva; der Raub ist noch furtum, und die Dejection wird nach ihm behandelt (l. 1. §. 1. cit. l. 2. eod. l. 25. §. 1. D. furt. 47, 2.); — 2) Fälle, in denen unmittelbar possessio condicirt wird (l. 2. cit. in fin. l. 15. §. 1. D. cond. ind. vgl. l. 25. §. 1. D. furt.). Sie allein können als condictio possessionis bezeichnet werden. Diese Fälle sind nun aber keineswegs von der Art, daß Jeder, der etwa rei vindicationem hätte, auch possessionem condiciren könnte; sondern scheinen sämmtlich vorauszusetzen, daß Condicent ehedem nichts anderes hatte, als possessio; daß allerdings sein Gut an den Beklagten gekommen ist, allein daß sein Gut blos possessio war; kurz condictio possessionis scheint für den bloßen Besitzer sein zu sollen, was für den Eigenthümrr rei vindicatio, und condictio furtiva. Dabei wird die possessio, wie gesagt, als Gut betrachtet (vgl. S. 58. Z. 10 fg. v. oben), wie sie denn auch ihre eigene Schätzung hat (l. 3. §. 11. D. uti poss. 43, 17. l. 21. §. 2. D. quod. met. 4, 2.); wir müssen betonen, daß eine possessio (das abhanden gekommene Gut einer possessio) condicirt werden kann, dürfen aber durchaus nicht folgern, daß überhaupt bloßer Besitz auf Seite des Beklagten zur Zurückforderung genüge. Betrachten wir possessio einmal als Vermögensstück, so hat es nichts außerordentliches mehr, daß sie, wenn sine causa an den Beklagten gekommen, condicirt werden kann.

(Ueber die Concurrenz dieser possessionis condictio mit possessorischen Interdicten vgl. Bruns, Recht des Besitzes §. 5. und oben S. 106.). — Ferner muß erinnert werden, daß der Vermögenszugang nicht überall in Form und Kraft Rechtens — einer wirksamen datio (z. B. l. 52. D. cond. ind. und gewöhnlich), delegatio (l. 7. pr. D. cond. causa dat. 12, 4.) promissio (l. 1. §. 1. l. 3. D. cond. s. c.), acceptilatio (l. 4. l. 10. cond. caus. dat.), expromissio (l. 7. pr. D. doli m. exc. 44, 4.) —, sondern wie bei dem Darlehen auch blos factisch, durch Consumtion, vor sich gehen, und also eine Zurückforderung begründet werden kann [z. B. *l. 12. l. 19. §. 1. D. r. cr.; l. 29. l. 41. D. cond. ind.; l. 22. §. 2. D. pign. act. 13, 7.*]. Besser würden wir sagen, daß der Verbrauch fremden Gutes für Vermögenszugang erachtet wird; denn in Wirklichkeit enthält er nicht immer einen Vermögenszugang für den Consumenten. — Endlich muß noch die Frage aufgeworfen werden, ob es genüge, daß aus dem Vermögen des Condicenten etwas an den zu Belangenden gekommen sei, oder ob es überdies durch ihn an denselben gelangt sein müsse? Folgende Stelle scheint auch letzteres zu fordern: l. 33. D. cond. ind. Julian. Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur; nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit; quum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. . . . Viele Stellen aber bezeugen das Gegentheil; so l. 23. l. 31. §. 1. D. r. cr.; l. 4. §. 2. D. fin. reg. (10, 1.) l. 22. §. 2. D. pign. act. cit.) l. 55. D. cond. ind. l. 4. §. 1. §. 2. D. r. cr. l. 3. C. cond. ex lege (4, 9.) und auch l. 1. §. 3. D. cond. s. c. fordert allgemein nur ein „pervenisse" (vgl. Sav. a. a. O. S. 523. VIII.). Julian denkt (in l. 33. cit.) zunächst nur an eine condictio indebiti, diese steht schon mangels Geschäftes nicht zu; freilich weist er auch jede andere Zurückforderung ab (in fin. „— nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse"); aber nicht mangels eines Geschäftes (in med. „— Sed et si . . . possessionem tradidisset, condictionem non habebit quia nihil accipientis faceret, sed s u a m r e m dominus habere incipiat . . .").

Nur was Einer vom Anderen entweder niemals hätte bekommen, oder doch schon vor Erhebung der Forderung nicht mehr hätte haben sollen, kann zurückgefordert werden. Dieser Umstand, daß er es nie hätte bekommen oder doch nicht mehr hätte haben sollen, ist nun aber nicht etwa blos nähere Bezeichnung dessen, was, sondern zugleich der Grund, warum die Zurückforderung überall platzgreift. Gleichbedeutend mit dem was Einer vom Anderen niemals oder nicht mehr haben sollte, ist wie bemerkt das, was Einer vom Andern sine causa hat. Sofort wird aber eine nähere Bestimmung dessen, was Einer vom Andern niemals oder nicht mehr haben sollte, nöthig. Wie die ganze Vorstellung von etwas, das Einer vom Andern nicht haben sollte, so ist auch die nähere Bestimmung desselben nicht erst aus Gesetzen, und ebensowenig aus einer jedesmaligen stillschweigenden oder ausdrücklichen, wahren oder fingirten Vereinbarung der Parteien entnommen worden [vgl. darüber Erxleben, die *Condictiones sine causa.* 1. Abth. 1850. §. 3. 2. Abth. 1853. §. 5.], vielmehr ist es ein negatives Merkmal dieser Obligationen, daß sie ohne Vertrag entstehen [vgl. *Gajus III.* §. *91.* — *magis distrahere vult negotium, quam contrahere*]; jene Vorstellung überhaupt, wie ihre nähere Bestimmung ist ex aequo et bono geschöpft (l. 66. D. cond. ind.); was ein rechtschaffener oder billiger Mann, auch wenn er es in Form Rechtens bekommen, nicht behalten möchte, und zurückerstatten würde, wenngleich ihn weder Gesetz noch Vertrag verpflichtet: das soll von Rechtswegen zurückgefordert werden können. Von dieser Art nun ist alles, was Einer vom Anderen bekommt: 1) durch Unrecht (furtum, vis); „ex causa furtiva vel vi re mobili arrepta", und zufolge Dejection können, wie wir sahen, sogar ipsa corpora condicirt werden (l. 1. §. 1. l. 2. D. cond. trit.); dagegen begründen der praedo und malae fidei possessor erst durch Consumtion [*l. 4. §. 2. in f. D. fin. reg. 10. 1. l. 3. C. cond. ex leg. 4, 9. l. 22. §. 2. D. pign. act. 13, 7.*], oder Erwerb aus der fremden Sache (l. 55. D. cond. ind.) Schuld und Zurückforderung, so daß hier der Erwerb kaum mehr die Form Unrechts hat, und also keine Zurückforderung dieser Klasse begründet; — 2) durch Recht, aber aus unrechtem Grunde, d. i. recht in der Form, unrecht im Grunde — ex injusta causa [*l. 6. D.*

cond. ob turpem vel inj. caus. 12, 5. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici; in qua sententia etiam Celsus est; z. B. *l. 7. eod. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat; l. 4. §. 1. §. 2. D. aleat. 11, 5. l. 1. C. aleat. 3, 43; l. 6. D. don. i. vir. et ux. 24, 1; l. 23. §. 2. D. cond. ind.*]. Hieher ziehen wir auch obigen Erwerb des praedo und m. f. possessor [*l. 4. §. 1. D. r. cr.* „— *et fructus ex injusta causa percepti condicendi sunt* —"]. Der injusta causa steht die turpis gleich, und überhaupt geht die condictio ob turpem vel injustam causam (D. h. t. 12, 5. C. 4, 7.) in der ex injusta oder turpi causa auf, wiewohl dort die causa zunächst als Zweck (res) gedacht (l. 1. pr. D. h. t. 12, 5. cf. l. 52. D. cond. ind.), der Titel ob turpem v. inj. c. also nur Ablagerung der condictio ob causam s. rem datorum ist (vgl. l. 1. §. 1. §. 2. l. 9. D. h. t.). Uebrigens soll man zwar nicht behalten, was ex turpi causa gekommen; fordern aber kann es der Geber auch nicht immer (l. 3. l. 8. D. l. 5. arg. l. 6. C. eod.). Ein unrechter Grund kann aber nicht blos in einer unerlaubten That, in einem verbotenen Geschäfte, kurz nicht blos in einer Handlung, sondern auch in einer Sache liegen. Wer aus einer fremden Sache, zwar nicht „durch Unrecht", und auch nicht m. fide, aber ohne Berechtigung erwirbt, der hat aus unrechtem Grund. Er ist „aus fremder Sache bereichert" — ein Wort, das man auch zur Grundlage der Zurückforderungen überhaupt gemacht hat (vgl. darüber Erxleben, a. a. O. 1. Abth. §. 2.), während es nur den Grund dieser einzelnen Zurückforderung ausdrückt. Beispiele: l. 23; l. 18. §. 1; l. 32. D. r. cr. Wäre ein Erwerb um seiner causa willen nicht nur unrecht, sondern überdies nichtig, also richtiger kein Erwerb, so würde Schuld und Zurückforderung wieder erst aus Consumtion entspringen (l. 5. §. ult. l. 6. D. don. i. vir. e. ux.); — 3) durch Recht, und aus rechtem Grund, aber mit unrechtem Erfolg. Ueberall hier ist die Form Rechtens gewahrt, und der Grund, aus dem gegeben und genommen wird, dem Rechte gemäß; allein der Erfolg verträgt sich nicht mit dem aequum et bonum, darnach auch nicht mit dem Rechte; der unrechte Erfolg läßt den rechten Grund,

den ganzen Vermögenszugang als etwas Grundloses erscheinen. Ein unrechter Erfolg ist aber undenkbar ohne einen Zweck, der durch die Vermögenszuwendung erreicht werden sollte. Ebenso nothwendig ist aber der Zweck, gegenüber der Handlung, die ihn erreichen und erfüllen soll, etwas Künftiges; hinter uns liegen Motive, vor uns Zwecke. Der Römer denkt keinen Zweck ohne Erfüllung; der erfüllte Zweck ist kein bloßer Gedanke mehr, sondern „res.“ „Causa“ kann ebensowohl Zweck (Rubr. C. 4, 6.) als Motiv heißen, wird dort als causa futura, hier als praeterita gedacht, im Gegensatze zu „res“ aber schlechtweg als „causa“ hingestellt (l. 52. D. cond. ind. l. 1. D. cond. ob turp.). Die Zurückforderung wegen unrechten Erfolges setzt also eine Vermögenszuwendung zu gewissen Zwecken (ob rem datum) voraus; in Anbetracht eines bloßen Motives kann möglicherweise eine Zurückforderung ex injusta causa, niemals aber eine condictio ob rem datorum da sein [*l. 52. D. cond. ind. Damus aut ob causam, aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit — ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit cf. l. 65.* §. *2 eod.*]. Ist der Zweck einer Vermögenszuwendung (ut aliquid sequatur), oder mindestens einer ihrer Zwecke, unerreicht oder unerfüllt (quo non sequente), so scheint überall der Erfolg der Vermögenszuwendung ein unrechter, und die Zurückforderung um deswillen gegründet zu sein. Wir brauchen nicht erst zu verwahren, daß der vorgegebene Zweck ernstlich gemeint (vgl. l. 1. §. 1. D. cond. ind.), oder daß für die Zurückforderung auch Jemand da sein müsse [vgl. *l. 7. D. ann. leg. 33, 1. — quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt — —: quum quis jussit in municipio imagines poni; nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua, actio eo nomine nulli competit. l. 71. pr. D. cond. 35, 1.*]; wohl aber muß erinnert werden, daß nur dasjenige „Zweck“ ist, um dessenwillen die Handlung vorgenommen wird, und ohne das sie nicht vorgenommen würde; er ist, im weiteren Sinne des Wortes, eine „Bedingung“ der Handlung: l. 2. §. 7. D. donat. (39, 5.). Titio X donavi ea conditione, ut inde Stichum

sibi emeret. Quaero, cum homo antequam emeretur, mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam? Respondit: facti magis quam juris quaestio est. Nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret: causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae existimari debebit; et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit. Der Zwecke, von denen wir hier handeln, — von den unerlaubten, bereits in der injusta causa, sub 2., begriffenen, handeln wir nicht mehr — gibt es natürlich vielerlei. Die Gruppirung in l. 65. pr. D. cond. ind. Paul. [*dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum*] hat es nicht nur mit Zwecken, sondern auch mit bloßen Motiven zu thun (ob causam), und während sonst (l. 52. eod. l. 1. pr. D. cond. ob turp.) in der „res" alle Zwecke begriffen werden, sind hier einige (conditionis implendae causa — solutionis causa — transactio) ausgeschieden, und mit ihren eigenen Namen — zum Theil schon im Zustande der Nichterfüllung (ob indebitum) — hingestellt. An und für sich ist Tilgung einer Schuld jedenfalls Zweck der betreffenden numeratio, und wenn es nur wahr ist, daß „res" in l. 52. l. 1. pr. citt. alle Zwecke des dare begreift, muß auch solutio ein ob rem datum sein [vgl. dagegen Erxleben, a. a. O. 2. Abth. §. 7.]. Außer der transactionis, solutionis und der ihr verwandten conditionis implendae causa ist auch donandi causa Zweck; ferner alles, was durch die Gabe gefördert [Ehe z. B. *l. 9. pr. D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4.*], veranlaßt [*„ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur" l. 1. pr.; l. 5. pr. eod.*], erkauft werden soll [Gegenleistungen : z. B. *l. 16. eod. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares* —], sei es nun, daß es erst durch eine Auflage des Gebers, wie meistens, oder aber schon durch den Namen der Gabe bestimmt wird (dos). Der Nichterfolg des mit der Vermögenszuwendung Bezweckten — ihr unrechter Erfolg — hat wieder die verschiedensten Ursachen; Eine von diesen ist der Irrthum, soferne nämlich der Zweck nur in der Vorstellung (opinione, mente) des Gebers, nicht in Wirk-

lichkeit (re) besteht, nur ein gedachter, kein reeller (res) ist — ausgezeichnet dadurch, daß sie in einem der wichtigsten, weil häufigsten Condictionsfälle (cond. indebiti) vorkommt. — Dieser dritten Gattung von Zurückforderungen — wegen unrechten Erfolges — entsprechen mehrere Condictionenarten: condictio causa data, causa non secuta [*D. 12, 4.*; im Codex noch als *condictio ob causam (s. rem) datorum* festgehalten: *C. 4, 6.*]; condictio indebiti (D. 12, 6. C. 4, 5.); sowie der Ueberrest von Fällen, der unter dem allgemeineren Namen der condictio sine causa begriffen wird (D. 12, 7. vgl. C. 6, 9.). Sämmtlich scheinen sie uns nur Auflösungen der Einen condictio ob rem datorum zu sein; erfordern aber eine mehr in's Einzelne gehende Darstellung (§§. 97—99.).

Vorausgesetzt nun, daß etwas sine causa von Einem an den Andern gekommen, muß es, um zurückgefordert werden zu können, bei letzterem verbleiben? Nach dem zu schließen, was man für den einzelnen Fall der indebiti condictio zu lehren pflegt, so würde die Frage regelmäßig bejaht werden müssen; denn dort gilt nach gemeiner Ansicht „im Allgemeinen unbezweifelt die Regel, daß der Beklagte nur so viel zu restituiren hat, „als er zur Zeit der L. C. noch wirklich durch die Empfangnahme des indebitum bereichert erscheint." — (Vang. §. 625. Anm. 3.). Indessen scheint uns Erxleben (a. a. O. I. Abth. S. 185 fg. S. 202 fg.) richtig zu bemerken, daß die Fassung auf vorhandene Bereicherung („in quantum locupletior factus est") Ausnahme sei [*arg. l. 66. D. solut. 46, 3. — Si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest . . . sed pupillus in quantum locupletior factus est . . utili actione tenebitur. l. 5. §. ult. D. don. i. v. e. u. 24, 1. In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave, cui donatum est, ut, si quidem extet res, vindicetur, si consumta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est;* — vgl. mit *l. 5. §. 3. D. o. et a. 44, 7. Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis obligatur quidem quasi ex mutui datione . . . l. 7. D. cond. ind: quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur. cf. l. 25. D. praesc. v. 19, 5. in fin.*] Für die condictio indebiti wenigstens müssen wir die Worte „aut

ipsum aut tantundem repetitur" als Richtschnur nehmen; das „tantundem", wenn der Zugang in Quantitäten bestund; das „ipsum", wenn in Spezies. Dort kommt es auf das Dasein der einzelnen Sachen nicht an; da nur Quantitäten condicirt werden (l. 1. C. cond. ind. in fin.); es ist im Augenblick des Vermögenszugangs eine Forderung — wie beim Darlehen, nicht auf ipsa nummorum corpora, sondern — auf eine gewisse Quantität entstanden, die denn auch dadurch, daß ipsa nummorum corpora verschwinden, weder erlischt noch kleiner wird. Hier dagegen sind ipsa corpora Gegenstand der Zurückforderung, so daß vor allem ihr Untergang den Schuldner befreien kann (arg. l. 2. l. 32. pr. D. cond. ind. cf. l. 91. pr. D. v. o. 45, 1); dem unverschuldeten Untergang kann aber bloße Veräußerung gleich kommen: l. 26. §. 12. D. cond. ind. — hominem indebitum (dedi), et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes .... cf. l. 23. D. cr. r. Gegen die Vergleichung mit l. 1. §. ult. l. 2. D. depos. (16. 3) wendet zwar Arndts (P. §. 341 Anm. 7.) ein, „daß die cond. indebiti keine b. f. actio war, und daß die Erfüllung einer stricten obligatio auf dare oportere an sich nicht unmöglich wird durch Veräußerung der zu gebenden Sache", findet also, mit den Meisten, in l. 26. §. 12 cit. vielmehr den Beleg, daß nur die vorhandene Bereicherung zurückgefordert werden könne. Indessen ist die Zurückforderung zwar einerseits str. j. actio, anderseits aber naturalis obligatio, und als solche gleich einer b. f. obligatio z. B. nachträglicher Erweiterung (l. 15. pr. cf. l. 65. §. 5. D. cond. ind. l. 38. §. 1. §. 2. D. usur. 22, 1), sowie nachträglicher Verminderung durch Gegenansprüche fähig (l. 5. pr. in fin. D. cond. caus. dat.); diese natürlichere Behandlung mag dann auch auf die Befreiung wirken. Daß die Veräußerung als eine Art unverschuldeten Untergangs, wie bei der depositi obligatio, befreit, zeigen die Worte „sine fraude .. distraxisti" (vgl. l. 65. §. 8. D. cond. ind. — si sciens hoc fecisti — si nesciens —); daß der Schuldner endlich herausgeben muß, was er noch vom Preise hat, beweist wohl, daß er wenigstens die Bereicherung aus oder vermittelst der Sache zurückerstatten muß, wenn er diese selbst nicht mehr zu leisten braucht, nicht aber den Grundsatz, daß er überhaupt nur bis zu der vorhandenen Be-

reicherung hafte. Vielmehr ist es Grundsatz, daß er, einmal obligirt, forthaftet, bis einer der gemeinen Befreiungsgründe eintritt; daß er auch dann noch wenigstens die vorhandene Bereicherung schuldet, ist, nach dem richtigen Ausdrucke von Erxleben (a. a. O. S. 196) vielmehr eine Erweiterung seiner ursprünglichen Haftung, als eine ursprüngliche Begrenzung derselben.

§. 97.

Condictio causa data, causa non secuta. Die Zwecke der Zahlung und Schenkung werden durch die Vermögenszuwendung selbst erreicht; hingegen was der Geber durch Auflagen oder Nebenberedungen bezweckt: gewisse Verwendung des Empfangenen, Gegenleistungen, überhaupt Leistungen — sind Dinge, welche nicht nur äußerlich getrennt von der Vermögenszuwendung da stehen, sondern auch lange noch unerreicht bleiben können, während die Vermögenszuwendung selbst vollzogen und wirksam ist (vgl. Erxleben, a. a. O. II. Abth. S. 7—8.). Auf Dinge, Zwecke dieser letzteren Art scheint Paulus in l. 65. pr. D. cond. ind. den Ausdruck „res" und „ob rem datum" beschränkt zu haben; ihr Nichterfolg ist greifbarer und heißt vor jedem anderen „causa non secuta"; ihm entspricht condictio causa data causa non secuta. Auch dotis datio, promissio steht noch in diesem engeren Kreise des ob rem datum (vgl. l. 6—l. 10. D. h. t.), wie denn hier häufig auch noch etwas außer der datio, promissio erst erfolgen muß, damit ihr Zweck erreicht sei — die Ehe. Der Tod ist in der mortis causa donatio nicht Zweck, wohl aber etwas, das erst noch erfolgen muß, wenn die an und für sich fertige datio, promissio auch als Schenkung perfect werden soll (l. 32. D. m. c. d. 39, 6. Paul. R. S. III. 7. §. 1.); um dieser äußeren Aehnlichkeit willen scheint der Tod hier als res, m. c. donatio als ein ob rem datum gefaßt; und quasi re non secuta condicirt worden zu sein, wenn jener nicht erfolgte [*l. 35. §. 2. D. eod. — Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut L. Titius, aut ut aliquid obtingat — l. 12. D. h. t. 12, 4.* Anders Erx-

leben, a. a. O. §. 9.]. Umgekehrt ist die Transaction zwar Zweck (des datum ob transactionem), aber ebensowenig als Zahlung ein Zweck, der getrennt von der datio erfolgen soll oder kann; Paulus stellt denn auch das datum ob transactionem dem datum ob rem entgegen (l. 65. pr. D. cond. ind. S. 403.); aber Ulpian nimmt auch hier noch eine res (causa), und je nach Erfolg condictio causa data causa non secuta an (l. 23. §. 3. D. cond. ind.). — Als „Gabe" erscheint auch hier acceptilatio und delegatio (l. 10. l. 4. l. 9. pr. D. h. t.), während den Compilatoren wenigstens die promissio von diesem Worte weiter abzuliegen schien (arg. l. 1. §. 1. D. cond. sine causa 12, 7). Sie scheint uns aber nicht bloße Gabe, sondern „negotium" zu sein: dadurch, daß ihr Zweck nicht etwa nur im Stillen gehofft, sondern vertragsweise festgestellt sein muß [*l. 3. §. 7. D. h. t. — qui dedit ea spe ...... repetere non posse, opinione falsa deceptum. l. 4. eod. „quum conveniret"* vgl. Erxl. Abth. I. S. 61 oben.] Wenn sich, wie bei der dotis datio, fragt, bei wem die Zurückforderung sei, so kommt alles darauf an, als wessen die Gabe zu betrachten ist (l. 7. pr. D. h. t. — quoniam pecunia ad eum pertineret —), und dieses kann nun, je nach Absicht des Geschäftes, die Frau selbst dann sein, wenn die Gabe — nuptiis non secutis — gar nicht zur dos geworden ist [*arg. l. 6. pr. eod. — Et verisimile est, in hunc quoque casum eum, qui dat, sibi prospicere — §. 1. eod.; l. 7. pr. eod. — sed si quum sciret, se nihil mulieri debere, promisisset — l. 9. pr. eod. Si donaturus mulieri ... numeravi — si non essent secutae, mihi redderetur —*]; einmal dos, ist sie Sache der Frau (l. 9. §. 1. eod.). — Die Gründe, warum der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt, sind hier unberechenbar; doch kann man unterscheiden einen Nichterfolg, der am Empfänger liegt [*l. 5 pr. D. h. t. — quum per te non steterit —*], und einen, für den er nicht kann. Wo das Wesen des ob rem datum unvermischt vorliegt, muß es gleichgiltig sein, ob casus oder culpa des Empfängers den Erfolg ausschließt; im einen wie im anderen Falle gebricht es am rechten Erfolg, und muß also condictio causa data causa non secuta platzgreifen: l. 16. D. h. t. Cels. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod

reicherung hafte. Vielmehr ist es
obligirt, forthaftet, bis einer der
eintritt; daß er auch dann noch n
reicherung schuldet, ist, nach den
leben (a. a. O. S. 196) vielmel
sprünglichen Haftung, als eine
selben.

§.

Condictio causa data
Zwecke der Zahlung und Schenk
genszuwendung selbst erreicht;
Auflagen oder Nebenberedungen
des Empfangenen, Gegenleistun
sind Dinge, welche nicht nur au
mögenszuwendung da stehen, sond
bleiben können, während die Ve
zogen und wirksam ist (vgl. Erxlel
—8.). Auf Dinge, Zwecke dieser
in l. 65. pr. D. cond. ind. den Ausdru
beschränkt zu haben; ihr Nichterfolg
jedem anderen „causa non secuta
causa data causa non secuta. Au
steht noch in diesem engeren Kreis
l. 6—l. 10. D. h. t.), wie denn hier da
der datio, promissio erst erfolgen mu
sei — die Ehe. Der Tod ist in der
Zweck, wohl aber etwas, das erst
an und für sich fertige datio, pr
perfect werden soll (l. 32. D. m
§.); um dieser äußeren
res, m. c. donatio
non secu

ere Umstände den Empfänger entlasten [*l. 5 pr.*
forte tua intersit, non accepisse te ob hanc
n; nam si . . . manifestum sit, te plus forte,
erogasse — §. 3. *eod.* — *si quidem distrac-*
servum, et propter hoc non distraxit — wor-
eod. zu beschränken]; hier ginge die Zurück-
ehr auf Kosten des Empfängers, als daß er auf
ers hätte. Sonst tritt hier Zurückforderung selbst
n der Nichterfolg am Geber liegt (l. 1. §. 1;
3. §. 5. D. collat. 37, 6; l. 7. §. 3. D. j. d. 23, 3.).
nze Frage und die verschiedenen Ansichten s. die
umständliche, aber sehr gründliche Erörterung
a. a. O. §. 17.]. Das R. Recht kennt eine
nicht nur re non secuta, sondern auch re non-
[*l. 5. §. 1. §. 2. D. h. t.: . . si quis dederit Ti-*
um emat et manumittat, deinde poeniteat: si
n emtus est, poenitentia dabit condictionem —
Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas,
ssum condicere; aut si me poeniteat, condicere
od.; — *Paul. R. S. III. 7. §. 2. Donatio mortis*
poenitentia etiam revocatur; morte enim tan-
lescit. l. 16. l. 30. D. m. c. d. 39, 6. §. 1.
— ein Reurecht. Hier scheint ein unrechter
da zu sein, die Zurückforderung also außer-
§. 96.) aufgestellten Grenzen zu liegen. Indes-
nigstens für den Fall der mortis causa donatio
theit, daß dieses Reurecht mit der Absicht des
menhängt: l. 13. §. 1. D. m. c. d. Julian. —
t donari, ut omni modo ex ea valetudine
res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi
letudine donator decesserit, si jam mutata
ibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut
quam si prior ille, qui acceperit, deces-
Paulus in l. 35. §. 4. eod.); daß der Geber
der Schenkung deren Bedingung, und also
soll widerrufen können. So mag er auch
en Zweck, wie er ihn gesetzt, widerrufen

können (vgl. bes. Rudorff zu Puchta, Vorl. §. 250. Anm. 4. 4. Aufl.). Steht einmal fest, daß er es kann, dann ist der widerrufene Zweck als nicht mehr vorhanden zu erachten; die Gabe von nun an sine causa beim Empfänger (res redit ad non justam causam l. 1. §. 3. D. c. s. c. 12, 7.), ihr Erfolg ein unrechter, res non secuta. Diese Aufhebung des Zweckes durch Widerruf ist nur eine Art seiner sonstigen Vereitlung; und daß der Geber selbst den Zweck vereiteln, den Nichterfolg begründen, und dann dennoch re non secuta condiciren kann, ist bereits oben bemerkt worden [z. B. *l. 1. §. 1. D. h. t. Si parendi condictioni causa tibi dedero X, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere*]. Vor dem Widerrufe ist res nondum secuta; der Widerruf macht rem non secutam und also poenitentia dabit condictionem; mit vollem Recht bemerkt Erxleben, daß die condictio ob causae defectum und die propter poenitentiam auf gleicher Linie stehen (Erxl. a. a. O. §. 7. S. 124 oben). Uebrigens finden wir nicht, daß der Geber den Widerruf überall haben könnte; in den meisten Fällen bleibt er unerwähnt, was kaum möglich wäre, wenn er allgemein zustünde [z. B. *l. 3. pr. D. h. t. Dedi tibi pecuniam, ne ad judicem iretur .... condictio cessat, quamdiu non itur ..*]. „Vermöge willkürlichen Widerrufs hat der Geber die Condictio nur, wo die Natur des Geschäftes diesen gestattet" (Puchta, P. §. 308. a. E.); wo die Quellen ihn zulassen, ist diese Natur — von der mortis c. d. abgesehen — mandatsartig. — Wie bemerkt, concurrirt in gewissen Fällen des ob rem datum condictio c. d. c. n. s. auf Rückerstattung mit einer praescriptis verbis actio auf Gegenleistung (D. h. t. 19, 5. C. 4. 64.) oder Ausrichtung einer sonstigen Auflage (z. B. l. 7. D. l. 6. C. eod.); und dabei ließen es die Unsrigen bewenden, bis auf die neuere Zeit (Erxl. a. a. O. S. 465 fg.); jetzt hält man diese Concurrenz, nach dem Vorgange Wächters in seiner Doctrina de condictione causa data causa non secuta, Tub. 1822 §§. 17. 18. für unverträglich mit der allbindenden Kraft der Verträge [nun auch Erxleben S. 471 fg. Literatur das. Anm. 23.]; weil diese Innominatcontracte nunmehr sämmtlich Consensualcontracte seien, könne — wie bei Kauf und Miethe — nurmehr auf Gegenleistung geklagt, nirgends aber anstatt dessen zurückgefordert wer-

den. Daß wir nicht beizustimmen vermögen, folgt aus unserer früheren Einwendung: daß heutigen Tages zwar leicht Consensualcontracte vorkommen können, wo der Römer einen Realcontract braucht (l. 3. C. rer. permut. 4, 64.); aber nichtsdestoweniger auch heute noch re contrahirt werde, in Fällen die Namen haben, und die keinen haben (S. 370 fg.). Auf diese Fälle paßt jene Folgerung aus Kauf und Miethe, kurz aus Consensualcontracten nicht. An ihnen hat sich nichts verändert und an den juristischen (l. 7. §. 2. D. pact. 2, 14. l. 6. C. h. t. 4, 64.) und practischen (l. 7. D. h. t. 12, 4.) Gründen, aus denen die Römer jene zweite obligatio, actio, neben der ersten hegten uud pflegten, auch nichts.

Ohne res non secuta ist die ob rem dati re non secuta obligatio nicht denkbar; so muß, denkt man, Kläger das Dasein der obligatio, mithin auch den Nichterfolg beweisen [vgl. Erxleben a. a. O. S. 499. Dagegen Windscheid, von der Voraussetzung. 1850. S. 189. Nr. 117. Bähr, Anerkennung, S. 64.].

§. 98.

Condictio indebiti (D. 12, 6. C. 4, 5.). Sie setzt voraus, 1) daß der Zweck, weshalb gegeben worden (solutio), in Wirklichkeit nicht existirt, indem nämlich die zu zahlende Schuld in Wirklichkeit nicht existirt — also indebitum gezahlt worden. Insoferne wird „ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum ... solutione secuta" (l. 54. D. h. t. Papin.) condictio indebiti platzgreifen können. Unter den effectlosen sind hier nicht etwa die exceptionsmäßigen, sondern causae nach Art einiger in l. 2. §. 1. l. 3. D. eod. gegebenen zu verstehen (vgl. die Glosse zu l. 54. cit.); unter denjenigen aber, die jure non valuerunt, dann allerdings nicht nur solche gemeint, die ipso jure non valuerunt: l. 26. §. 3. D. h. t. Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat — (z. B. l. 32. §. 1. l. 26. §. 7; l. 23. §. 3; l. 43. D. h. t.). Rechtlich machtlose Forderungen müssen gezahlt sein; was also die exceptionsmäßigen anlangt, selbstverständlich solche, die perpetua exceptione exceptionsmäßig sind [*l. 40. pr. l. 56. eod. l. 26. §. 7. cit. l. 34. §. 11. D. solut. 46, 3. l. 10. D. h. t.: In diem debitor*

adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit l. 17. eod.], oder sein können (l. 56. eod.). Genannt sind nur rechtlich machtlose; gleichwohl müssen sie nicht nur jure, sondern auch natura ohnmächtig sein [*l. 41. D. h. t. — repetitio est, quia nec natura debet. l. 40. pr. l. 13. pr. l. 19. pr. eod.*]. Was man nicht fordern (petere), sondern nur retiniren kann, muß man zurückhalten; zurückfordern, nachdem es einmal aus den Händen ist, kann man es nimmermehr [*l. 51. eod. Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus* z. B. *l. 33. eod.*, nur daß hier die Restitution der *insula* keine *solutio — si solverimus —* wäre, vgl. dagegen *l. 30. eod.*]. Diese Verabfolgung dessen, was man retiniren könnte, darf, wie sich von selber versteht, nicht verwechselt werden: weder mit der Zahlung eines naturale debitum, noch mit einer Bezahlung der Gegenansprüche, wofür retinirt wird, an den Retentionsberechtigten; irgend eine solche Verwechslung muß aber bei Puchta vor sich gegangen sein [s. das Citat *l. 51. cit.* in P. §. 309. *lit. c.*]. — Bei den anfänglich und nachträglich, rechtlich und natürlich ohnmächtigen Forderungen schweben uns Fälle vor, in denen die Forderung irgend einen Ansatz zur Wirklichkeit gemacht hat [z. B. §. *7.* §. *8. J. inut. stip. 3, 19. l. 37. D. h. t. l. 16. D. c. e. 18, 1.* und die oben bezüglich der *exceptio* angeführten Stellen]; eine Forderung kann aber auch eine lediglich eingebildete sein, [*l. 23. pr. D. h. t. — si quis suspicetur transactionem factam, vel ab eo, cui heres est, vel ab eo, qui (cui) procurator est, et quasi ex transactione dederit, quae facta non est . . . repeti posse; ex falsa enim causa datum est —* §. *4. eod. l. 22. pr.* §. *1. l. 58 eod.*] ganz (ll. citt.), oder zum Theile [*l. 57.* §. *1. eod. — majore pecunia soluta . . indebiti causa convenietur — cf. l. 31. eod. l. 19.* §. *2.* §. *4.; — l. 32.* §. *3. eod.: qui hominem generaliter promisit . . . si quum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit, l. 19.* §. *3. eod.; — l. 39. eod. Si quis, quum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse — cf. l. 5.* §. *1. D. usfr. ear. rer. 7, 5.* S. 268. Z. 4. v. unten]. Ferner dach-

ten wir überall hier an Forderungen, welche entschieden nicht existiren; es gibt aber auch solche, deren Existenz noch unentschieden ist; und auch hier kann ind. condictio platzgreifen (l. 16 — l. 18. D. h. t.); — und endlich überall nur an Forderungen, welche überhaupt nicht existiren; allein „indebitum non est tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, solvat (l. 65. §. 9. D. eod. z. B. l. 19. §. 1. eod. l. 38. §. 2. l. 25. l. 101. pr. D. solut. et lib. 46, 3.). — Eine weitere Voraussetzung ist, daß 2) der Zweck — die solutio, und darum das debitum — in der Vorstellung des Gebers, und auch des Empfängers (l. 43. pr. D. furt. 47, 2.), existire, also „per errorem" gezahlt wurde [*l. 54. D. h. t.; l. 1. §. 1. eod. — si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. l. 24. l. 26. §. 3. §. 8. l. 62. eod. l. 53. D. r. j. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est*]. Mentalreservationen helfen nichts (l. 50. D. h. t.); ein ausdrücklicher Vorbehalt dagegen, „ut si apparuisset esse indebitum . . . reddatur" (l. 2. pr. eod.) macht die Zahlung zu einem ob rem datum engeren Sinnes (vgl. Bähr, a. a. O. S. 72.). Endlich muß 3), insoweit dies gegenüber einem indebitum möglich ist, gezahlt sein. Wo, wenn ein debitum vorläge, nur gegeben, nicht sofort gezahlt (liberirt) wäre, ist auch indebiti condictio nicht sofort, sondern erst nach eingetretener Consumtion möglich [*argg. l. 19. §. 1. D. r. cr. in f.; l. 19. §. 2. D. h. t. l. 29. D. h. t. l. 19. §. 1. cit. ab init.* vgl. unten §. 99. S. 420.]. Daß (wenn ein debitum) anstatt solutio nur datio in solutum vorläge, ist gleichgiltig (l. 26. §. 4. — §. 6. D. h. t.). Der indebiti soluti condictio steht eine indebiti promissi condictio zur Seite (l. 31. eod. l. 3. C. h. t.), so daß wir wohl überall noch von indebiti condictio sprechen dürfen, wo Delegationen ꝛc. loco solutionis vorkommen (vgl. Arndts, P. §. 341. Nr. 1.). So mannigfaltig der Gegenstand von Forderungen, so mannigfaltig ist der der solutio, datio (z. B. l. 12. l. 22. §. 1. eod., l. 35. D. s. p. u. 8, 2. l. 65. §. 7. D. h. t.); eine Vermögenszuwendung muß sie immer noch sein, weshalb operae nur insofern sie aestimationem haben, condicirbar sind (l. 26. §. 12. eod.). — Auch hier ist Vermö-

genusszuwendung Geschäft: l. 33. D. h. t. — qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit —; wer einem Anderen ohne solches Vermögen zuwendet, wenngleich nicht donandi animo, zahlt kein indebitum, erwirbt keine indebiti condictio (l. 33. cit.). Ueber die Partheien dieses Geschäftes geht letztere nicht hinaus [*l. 49. eod. His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit*]; belangt können aber werden quibus quoquo modo soluta est; sie brauchen das Geschäft nicht selbst geführt zu haben: genug, daß es ihr Geschäft ist (l. 6. §. 1. §. 2. l. 57. §. 1. eod. l. 34. §. 6. D. sol. et lib. 46, 3. l. 16. pr. D. rat. rem hab. 46, 8.); und dasselbe gilt für den Kläger [*l. 5. D. h. t. Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat — cf. l. 46. eod. l. 61. eod.; l. 57. pr. l. 6. §. 3. l. 67. §. 1. eod.; l. 6. pr. eod.; l. 47. eod.: l. 18. D. cond. furt. l. 53. D. h. t.*]. Damit hängt auch folgender Satz zusammen: l. 44. eod. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est; denn nach der Absicht des Geschäftes bestimmt sich, wessen Schuld gezahlt werden will, und daß also möglicherweise durch einen Nichtschuldner, um einer vermeintlichen Schuld willen, des wahren Schuldners Schuld bezahlt wird (l. 12. l. 13. l. 19. D. nov. 46, 2. l. 96. §. 1. D. solut. l. 9. §. 1. D. cond. c. d. c. n. 12, 4 l. 5. C. hered. petit. 3, 31. cf. l. 38. §, 2. D. solut. 46, 3.).

Indebiti per errorem solutio kann nun aber da, indebiti condictio gleichwohl ausgeschlossen sein: l. 29. §. 5. D. mand. (17, 1.): — (ni) si ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta; tunc enim propter auctoritatem rei judicatae repetitio . . cessat — l. 1. C. h. t. l. 36. D. fam. herc. (10, 2.) l. 74. §. 2. jud. (5, 1.) l. 2. C. comp. (4, 31.). Wäre unter der auctoritas rei judicatae die Rechtskraft (natürlich des Urtheils, aus dem gezahlt ist) gemeint (Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XIV. S. 331 fg.), dann wäre ind. condictio unmöglich ausgeschlossen, wenn einer blos „se putat condemnatum" (l. 36. cit.). Nun ist aber ind. condictio versagt, nicht nur wenn aus einem rechtskräftigen, sondern auch wenn aus einem nichtigen Urtheil gezahlt wird (l. 74. §. 2. l. 36. citt.), also nicht die Rechtskraft des jeweiligen Urtheils, sondern nur das Ansehen richterlicher Entscheidung überhaupt unter auctoritas rei judicatae gemeint, und

durch die Versagung unserer condictio unterstützt: wornach es wohl annehmbar ist, daß selbst dann nicht condicirt werden darf, wenn das vermeintliche Urtheil gar nicht existirte (l. 36. cit. vgl. Vang. III. §. 625. Anm. 1. I. 1. f.; dagegen Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 109. Anm. 46. Arndts, Pand. §. 341. Anm. 8.). Dieß ist nun aber der einzige Damnations- (Litiscrescenz-) Fall, in dem heute noch ind. condictio versagt ist [vgl. §. 7. *J. obl. quasi ex contr. 3, 27. l. 4. C. h. t.* im Zusammenhalt mit *l. 23.* §. *4. D. h. t.* und Rudorff a. a. O. S. 476 fg.]. — Was es mit dem Satze: „Poenae non solent repeti, quum depensae sunt" (l. 42. D. h. t. Ulp. 68. ad Ed. l. 46. D. r. j.) für eine Bewandtniß habe, scheint auch uns aus l. 3. §. 14. D. tab. exh. 43, 5. (wiewohl diese Stelle gleichfalls aus Ulp. 68. ad Ed. entnommen ist) und l. 1. §. 2. D. leg. Jul. amb. (48, 14.) noch keineswegs zu erhellen [vgl. Arndts, a. a. O. a. E.; dagegen Glück, XIII. §. 831. Nr. 2. Unterholzner, Schuldverhh. II. §. 318. *not. s.* Vang. a. a. O. *lit. e.;* — Puchta, P. §. 309. *f.*]; wir möchten denselben am ehesten auf freiwillige (nicht erst judicatmäßige) Entrichtung gesetzlicher, nur vermeintlich schuldiger, Bußen beziehen, indem weder eine gesetzliche poena von der Damnation (vgl. l. 2. pr. D. ad leg. Aq. 9, 2.), noch ein solches Geschäft von der Transaction fern abliegt (in Betreff letzterer vgl. l. 65. §. 1. D. h. t.). — Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit — (l. 26. pr. D. h. t.). Der Nachdruck liegt auf den Zinsen und darauf, daß das Kapital schuldig ist (non sortem, sed usuras), woneben Wissen oder Nichtwissen gleichgiltig oder dahingestellt ist. Die Gründe dagegen (Erxleben, a. a. O. S. 63 fg.) sind nicht unbeträchtlich (vgl. den übrigen Theil der Stelle, und Paul. R. S. II. 14. §. 4.), aber doch nicht stark genug [vgl. Thibaut, Versuche, II. 5. Nr. 3. Vang. I. §. 76. Anm. 2. Nr. 2. daselbst über den Grund dieses Sonderrechts: *Seneca epist. 81: — ingratus enim est, qui reddit beneficium sine usuris* — dazu die *pietatis causa* in *l. 32.* §. *2. D. h. t.* und die verwandte Uncondicirbarkeit des *naturale debitum solutum*].

Die schon begründete Zurückforderung erlischt, wenn indebiti solutio nachträglich zur debiti solutio wird (l. 96. §. 4.

proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares—; dazu (ideo), nur dazu ist gegeben, der Erfolg also auch dann, wenn Stichus vorher stirbt, ein unrechter. Sehr verschieden von den heutigen Juristen, welche, gleichviel ob res (datio) oder consensus Grundlage des Geschäftes ist, überall und so lange sie können, Consensualcontracte annehmen (S. 370.), weist hier Celsus, wiewohl Geld und Gut vorliegt, und emtio venditio schon damals consensu zu Stande kam, das Dasein eines Consensualcontractes ab; und zeigt auch in dem weiteren Verlauf der Stelle, wie practisch wichtig dieses ist. Mehr zur Sache gehört aber die Bemerkung, daß er außer der ob rem dati re non secuta obligatio sonst keine obligatio annimmt; außer unserer Zurückforderung also namentlich keine praescriptis verbis actio auf Gegenleistung. Denn sobald man letztere neben der ersteren denkt, entsteht eine Schwankung: ob man nach Maßgabe der ersteren oder letzteren entscheiden soll; und muthmaßlich verlangt diese eine andere Entscheidung als jene. Paulus (l. 5. §. 1. D. praescr. v. 19, 5.) hat nicht mehr blos Eine obligatio vor Augen: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est (?!); sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere; vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est; quasi ob rem datum, re non secuta —; seinen Maßstab aber entnimmt er der neueren obligatio: Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Denselben Maßstab wird nachmals die Jurisprudenz überhaupt, und also auch l. 10. C. h. t. (4, 6.) Diocl. et Max. angelegt haben: Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est —; denselben werden überall auch wir anwenden müssen: vorausgesetzt nur, daß neben der ersteren obligatio die letztere — ein „tauschartiger Innominatcontract" (Erxleben) — auch wirklich vorliegt. Wo blos die Eine obligatio vorliegt,

können nur besondere Umstände den Empfänger entlasten [*l. 5 pr. D. h. t. — nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam; nam si . . . manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse — §. 3. eod. — si quidem distracturus erat hunc servum, et propter hoc non distraxit* — wornach *l. 3. §. 3. eod.* zu beschränken]; hier ginge die Zurückforderung vielmehr auf Kosten des Empfängers, als daß er auf Kosten des Gebers hätte. Sonst tritt hier Zurückforderung selbst dann ein, wenn der Nichterfolg am Geber liegt (l. 1. §. 1; l. 13. D. h. t. l. 3. §. 5. D. collat. 37, 6; l. 7. §. 3. D. j. d. 23, 3.). [Ueber die ganze Frage und die verschiedenen Ansichten s. die vielleicht etwas umständliche, aber sehr gründliche Erörterung bei Erxleben, a. a. O. §. 17.]. Das R. Recht kennt eine Zurückforderung nicht nur re non secuta, sondern auch re nondum secuta [*l. 5. §. 1. §. 2. D. h. t.: . . si quis dederit Titio X, ut servum emat et manumittat, deinde poeniteat: si quidem nondum emtus est, poenitentia dabit condictionem — l. 3. §. 2. eod. Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis possum condicere; aut si me poeniteat, condicere possum. §. 3. eod.; — Paul. R. S. III. 7. §. 2. Donatio mortis causa . . . et poenitentia etiam revocatur; morte enim tantummodo convalescit. l. 16. l. 30. D. m. c. d. 39, 6. §. 1. J. don. 2, 7.*] — ein Reurecht. Hier scheint ein unrechter Erfolg noch nicht da zu sein, die Zurückforderung also außerhalb der oben (§. 96.) aufgestellten Grenzen zu liegen. Indessen erhellt es wenigstens für den Fall der mortis causa donatio mit aller Bestimmtheit, daß dieses Reurecht mit der Absicht des Geschäftes zusammenhängt: l. 13. §. 1. D. m. c. d. Julian. — nam et sic potest donari, ut omni modo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui acceperit, decesserit (gleichlautend Paulus in l. 35. §. 4. eod.); daß der Geber je nach dem Sinne der Schenkung deren Bedingung, und also die Schenkung selbst soll widerrufen können. So mag er auch in anderen Fällen den Zweck, wie er ihn gesetzt, widerrufen

können (vgl. bes. Rudorff zu Puchta, Vorl. §. 250. Anm. 4. 4. Aufl.). Steht einmal fest, daß er es kann, dann ist der widerrufene Zweck als nicht mehr vorhanden zu erachten; die Gabe von nun an sine causa beim Empfänger (res redit ad non justam causam l. 1. §. 3. D. c. s. c. 12, 7.), ihr Erfolg ein unrechter, res non secuta. Diese Aufhebung des Zweckes durch Widerruf ist nur eine Art seiner sonstigen Vereitlung; und daß der Geber selbst den Zweck vereiteln, den Nichterfolg begründen, und dann dennoch re non secuta condiciren kann, ist bereits oben bemerkt worden [z. B. *l. 1. §. 1. D. h. t. Si parendi condictioni causa tibi dedero X, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere*]. Vor dem Widerrufe ist res nondum secuta; der Widerruf macht rem non secutam und also poenitentia dabit condictionem; mit vollem Recht bemerkt Erxleben, daß die condictio ob causae defectum und die propter poenitentiam auf gleicher Linie stehen (Erxl. a. a. O. §. 7. S. 124 oben). Uebrigens finden wir nicht, daß der Geber den Widerruf überall haben könnte; in den meisten Fällen bleibt er unerwähnt, was kaum möglich wäre, wenn er allgemein zustünde [z. B. *l. 3. pr. D. h. t. Dedi tibi pecuniam, ne ad judicem iretur . . . . condictio cessat, quamdiu non itur . .*]. „Vermöge willkürlichen Widerrufs hat der Geber die Condictio nur, wo die Natur des Geschäftes diesen gestattet" (Puchta, P. §. 308. a. E.); wo die Quellen ihn zulassen, ist diese Natur — von der mortis c. d. abgesehen — mandatsartig. — Wie bemerkt, concurrirt in gewissen Fällen des ob rem datum condictio c. d. c. n. s. auf Rückerstattung mit einer praescriptis verbis actio auf Gegenleistung (D. h. t. 19, 5. C. 4. 64.) oder Ausrichtung einer sonstigen Auflage (z. B. l. 7. D. l. 6. C. eod.); und dabei ließen es die Unsrigen bewenden, bis auf die neuere Zeit (Erxl. a. a. O. S. 465 fg.); jetzt hält man diese Concurrenz, nach dem Vorgange Wächters in seiner Doctrina de condictione causa data causa non secuta, Tub. 1822 §§. 17. 18. für unverträglich mit der allbindenden Kraft der Verträge [nun auch Erxleben S. 471 fg. Literatur das. Anm. 23.]; weil diese Innominatcontracte nunmehr sämmtlich Consensualcontracte seien, könne — wie bei Kauf und Miethe — nurmehr auf Gegenleistung geklagt, nirgends aber anstatt dessen zurückgefordert wer-

den. Daß wir nicht beizustimmen vermögen, folgt aus unserer früheren Einwendung: daß heutigen Tages zwar leicht Consensualcontracte vorkommen können, wo der Römer einen Realcontract braucht (l. 3. C. rer. permut. 4, 64.); aber nichtsdestoweniger auch heute noch re contrahirt werde, in Fällen die Namen haben, und die keinen haben (S. 370 fg.). Auf diese Fälle paßt jene Folgerung aus Kauf und Miethe, kurz aus Consensualcontracten nicht. An ihnen hat sich nichts verändert und an den juristischen (l. 7. §. 2. D. pact. 2, 14. l. 6. C. h. t. 4, 64.) und practischen (l. 7. D. h. t. 12, 4.) Gründen, aus denen die Römer jene zweite obligatio, actio, neben der ersten hegten und pflegten, auch nichts.

Ohne res non secuta ist die ob rem dati re non secuta obligatio nicht denkbar; so muß, denkt man, Kläger das Dasein der obligatio, mithin auch den Nichterfolg beweisen [vgl. Erxleben a. a. O. S. 499. Dagegen Windscheid, von der Voraussetzung. 1850. S. 189. Nr. 117. Bähr, Anerkennung, S. 64.].

§. 98.

Condictio indebiti (D. 12, 6. C. 4, 5.). Sie setzt voraus, 1) daß der Zweck, weshalb gegeben worden (solutio), in Wirklichkeit nicht existirt, indem nämlich die zu zahlende Schuld in Wirklichkeit nicht existirt — also indebitum gezahlt worden. Insoferne wird „ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum ... solutione secuta“ (l. 54. D. h. t. Papin.) condictio indebiti platzgreifen können. Unter den effectlosen sind hier nicht etwa die exceptionsmäßigen, sondern causae nach Art einiger in l. 2. §. 1. l. 3. D. eod. gegebenen zu verstehen (vgl. die Glosse zu l. 54. cit.); unter denjenigen aber, die jure non valuerunt, dann allerdings nicht nur solche gemeint, die ipso jure non valuerunt: l. 26. §. 3. D. h. t. Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat — (z. B. l. 32. §. 1. l. 26. §. 7; l. 23. §. 3; l. 43. D. h. t.). Rechtlich machtlose Forderungen müssen gezahlt sein; was also die exceptionsmäßigen anlangt, selbstverständlich solche, die perpetua exceptione exceptionsmäßig sind [*l. 40. pr. l. 56. eod. l. 26. §. 7. cit. l. 34. §. 11. D. solut. 46, 3. l. 10. D. h. t.: In diem debitor*

27*

nach unseren bisherigen Regeln nicht zuzustehen scheint; und dies nun ist denn auch jener scheinbare Ausnahmsfall: l. 29. D. cond. ind. Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit. Wäre hier per errorem ein indebitum gezahlt, so würde nicht erst die Person Raum schaffen. Ist aber ein debitum gezahlt, so fehlt es weder an rechtem Erfolge, noch an rechtem Grunde; und die Erwerbsform ist weder furtum, noch vis. Kurz, woferne wir nur in unseren drei Gattungen die Regel besitzen, so scheint hier eine Ausnahme, vielleicht eine persönliche Ausnahme, vorzuliegen. Indessen, wenn kein per errorem indebitum solutum gemeint ist, kann, besonders in Anbetracht solcher Personen, leicht ein sine errore indebitum solutum gemeint sein. Hier muß dann allerdings die Person für eine Zurückforderung Raum schaffen: allein für keine, die außerhalb der sonstigen Condictionengattungen läge, sondern für eine condictio indebiti. Für die Richtigkeit dieser letzteren Auslegung bürgt der Titel, in welchem die Stelle steht; ferner der Umstand, daß solutio debiti nummis consumtis selbst den sine tut. auctoritate zahlenden Pupillen ꝛc. liberirt (l. 19. D. r. cr. l. 14. §. ult. D. solut. 46, 3.).

β. Vertragsschulden.

§. 100.

Schuldscheinforderungen.

Wenn um einer Schuld willen stipulirt, promittirt wurde, es sei nun um einer bereits vorhandenen [*causa praecedens l. 5. C. n. num. pec. 4, 30.*], oder eben werdenden [*l. 126.* §. 2 *D. v. o. 45, 1: — quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur —*], oder künftigen [*Gaj, IV.* §. *116. l.* 2. §. *3. D. exc. dol. 44, 4: — si crediturus ... stipulatus est —*] Schuld willen: so lag ein der Ausstellung eines Schuldscheins verwandtes Geschäft vor. Denn auch Schuldscheine werden Schulden halber ausgestellt, für vorhandene, nunmehrige, künftige Schulden; auch sie sind, bald ausdrücklich, bald stillschweigend ein Versprechen, den Gegenstand dieser Schuld leisten zu wollen

(Bähr, Anerkennung, §. 58. S. 233 unten). Wer dieses nicht versprochen haben wollte, würde keinen Schuldschein ausstellen. Ferner ist auch dieses Versprechen einseitig; und eine Bezeichnung des Grundes endlich, weßhalb es abgelegt wird, nicht weiter nothwendig, als daß das Dasein einer Schuld zugestanden wird. Dagegen die Form ist hier unförmliche Schrift, dort förmliche Rede; und also nach classischem Rechte hier unverbindlich, dort verbindlich. Indessen hatte man die Möglichkeit, daß ein Schuldschein die Schulden nicht nur beweisen, sondern auch machen könne, schon damals vor Augen [*Gaj. III. §. 134. Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirografis et syngrafis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet et si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est*]; und es ist durch Bähr (a. a. O. §. 35—37.) sehr glaubhaft geworden, daß dieses Peregrinenrecht nachmals in das römische Recht eingedrungen sei. Zwar scheint die Schule auch über diese Neuerung (vgl. oben S. 86.) möglichst hinweg gegangen zu sein, da die Institutionen (de literarum obligatione 3, 22.) den Literalcontract nicht sowohl aus dem Schuldschein, als aus der Verjährung der querela n. n. pecuniae herleiten [— *post multum temporis exceptionem opponere non potest ... sic fit, ut hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur* —]; allein die Praxis war sicher von der mehr oder minder klaren Vorstellung durchdrungen, daß die „Handschrift" als solche obligire. Denn vor allem verfällt die Stipulation selbst einer Verwesung, die zuletzt nur mehr die Fiction einer Stipulation übrig läßt; was Wirkliches an ihre Stelle tritt, ist eine Stipulations-Urkunde (l. 14. C. contrah. stip. 8, 38. Justinian.; cf. l. 1. eod. l. 134. §. 2. D. v. o. 45, 1. Paul. R. S. V. 7. §. 2; l. 30. D. v. o.); „aus" Urkunden, und zwar nicht blos aus Stipulationsurkunden [wie z. B. in *l. 17. pr. D. exc. dol. 44, 4.* und wahrscheinlich in *l. 3. C. exc. n. n. pec. 4, 30.*], sondern namentlich auch aus bloßen Schuldscheinen wird geklagt [*C. Th. Si certum petatur de chirographis 2, 27. cf. l. 3. C. Th. de nunt. 2, 4. — cum quis ad debitum . . . chirographo convenitur — a. 371.*]; zu derselben Zeit erscheint die Ausstellung von solchen denn auch als Literalcontract [*l. 6. eod. Si quis*

debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est — vgl. *l. 25 C. usur. 4. 32.*]; und der Einwand des nicht empfangenen Geldes nicht minder dem Schuldschein, als der Stipulation gegenüber als exceptio [so selbst in den Institutionen: *de lit. oblig. 3. 22. — si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest* — vgl. *l. 5. C. si certum petatur 4, 2. l. unic. C. Th. si certum pet. de chirogr.* 2, 27.]. So nach neuerem römischen Rechte. Wenn das heutige römische Recht den Schuldschein als ein bloßes Beweismittel erachtet, so liegt diesmal der Grund der Abweichung offenbar nicht in einer Unanwendbarkeit des römischen Rechts, wie z. B. der Stipulation, sondern einestheils in der Meinung, daß auch nach neuerem römischen Rechte der Schuldschein bloßes Beweismittel sei, anderntheils in einer Verkennung der Thatsache, daß die Schuldschein-Ausstellung ein Versprechen enthalte. Diese Thatsache fordert, daß wir ihr Folge geben; ihr würden wir, da für uns auch ungeschriebene Versprechungen bindend sind, selbst dann Folge geben müssen, wenn das römische Recht den Schuldschein bis zuletzt als bloßes Beweismittel behandelt hätte (Bähr, a. a. O. S. 237.).

Die practische Bedeutung der Schulden-Stipulirung lag darin, daß eine aus was immer für Gründen erwachsene oder beabsichtigte obligatio in Folge derselben nicht nur zur (einseitigen) Schuld, sondern überdies auf einen einfachen, leicht erweislichen Grund — das mündlich und förmlich gegebene Wort — verstellt wurde [S. 376. unten. *Cic. pro Caec. cap. 3. — Si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo judicio, sine ulla religione judicis condemnatur etc. l. 5. pr. D. v. o. 45, 1. — Conventionales (stipulationes) sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot, paene dixerim, rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto* —]. Dieselbe Bedeutung finden wir dem späteren Schuldschein beigelegt; anstatt des verbum war hier, wie bei den alten Literalcontracten, litera der verpflichtende Grund [*l. 6. C. Th. denunt. 2, 4. Si quis de-*

biti, quod . . ex . . . . . qualibet titulo in literarum obligationem, facta cautione. translatum est —]. Und endlich nehmen wir, im Anschluß an Bähr (a. a. O. §. 59 — §. 66.), dasselbe Recht für unseren Schuldschein in Anspruch. Wie sehr dieses vor allem dem gemeinen Gebrauch des Schuldscheines entspreche, zeigt der Umstand, daß er auch ohne nähere Angabe des Schuldgrundes ausgestellt wird (cautio indiscreta). Darin liegt der Gedanke, daß es zum Beweise, weil zum Dasein der Schuld auslange: zu schreiben, daß man schuldig sei. Ferner der Umstand, daß man so häufig „ein Darlehen" oder überhaupt „baar empfangen zu haben" bekennt, wo in Wirklichkeit weder ein Darlehen, noch ein Empfang, sondern sonst ein Schuldgrund zu Grunde liegt: zum Zeugnisse, daß man die Schuld auf einen neuen Grund, das Bekenntniß, gestützt haben will; überdies soll ausdrücklich erklärt werden, daß man nicht grundlos sich für schuldig erkläre, was mit römischem Takte dadurch geschieht, daß man den besten Schuldgrund (Darlehensempfang) hinstellt (vgl. die Acceptilation). So bittet der Laie den künftigen Richter versichert zu sein, daß er nicht umsonst Schuldscheine ausstelle; aber dieser begehrt vom Gläubiger erst noch Beweise, daß und was für Forderungen er habe (vgl. Seuffert, Archiv VII. Nr. 252. und Seufferts Nachschrift), und weist ihn leicht ab, wenn der Schuldner nichts „empfangen" hat. Sofort hat es aber auch nicht an Juristen gefehlt, welche den Schuldschein als Versprechen, und Literal= (Formal=) Contract betrachteten [Bähr a. a. O. §. 65. z. B. *Petrus de Bellapertica, ad l. generaliter — l. 13. C. n. num. pec. —: quaero numquid confessio in scriptis ad hoc, quod valeat ad obligandum, debet causam habere? Videtur, quod sic: neminem sine causa audit Praetor. Videtur contra, obligatio literarum est causa per se. Quid ergo dicemus? Glossa aequiparat obligationem literarum stipulationi; glossa dicit, si stipuler sine causa, valet, tamen repellar per exceptionem. . . . Breviter credo, quod illa confessio proficit efficaciter ad obligandum sine aliqua causa; dicam quare. Quatuor modis contrahitur obligatio: re, verbis, literis, consensu; contractus non requirit aliam causam (?): iste contractus licet non habet causam aliquam, sufficit ad obligationem effi-*

cacem producendam. Item alia ratione: ista confessio, quae dispositionem (nicht blos „*enunciationem*") *habet, proficit ad obligandum, et ista confessio tantum operatur, sicut in judicio. Sed si in judicio confitear sine causa, obligo me efficaciter, ergo idem, ubi in literis: et istud es iverissimum.* Wening-J. §. 297. Rudorff, zu Puchta, P. §. 305 q.]; und da man das Bedürfniß nach einem Ersatz für die römische Stipulation anerkennt (Puchta, P. §. 250. am E.): warum ein Auskunftsmittel verschmähen, das in Form und Wirkung minder streng als der Wechsel, durch alle Classen des Volkes verbreitet, nach dessen eigenem Sinn und Gedanken ein Formalact ist, und zu guter Letzt noch das römische Recht für sich hat? Je bestimmter man aber den Schuldschein als Formalcontract faßt, desto sicherer wird dann auch der Executivprozeß werden (vgl. z. B. den Fall bei Seuffert, a. a. O. Nr. 253. 246.). — Was übrigens den Grund dieser formalen Wirksamkeit des Schuldscheins anlangt, so fanden wir bei den älteren Juristen einige Schwankung. Uns scheint so viel sicher, daß sie nicht schon in dem Versprechen liegt; denn dieses kann zwar Grundlage von Obligationen werden, ist aber nicht schon als solches — mit Abstraction von seinem Grunde — bindend. Wir haben nur den Grundsatz, daß auch aus formlosem Vertrage Obligationen entspringen, nicht aber auch den, daß ein formloser Vertrag an sich Obligationen erzeuge — Formlosigkeit gewissermassen Form. Soll ein Vertrag formal wirken, d. i. ohne seinen inneren Grund, so begehren wir von ihm, als Ersatz für den mangelnden Grund, gleich den Römern eine gewisse Form. Und diese möchte nun für uns die Schrift sein. Allein im Schuldschein haben wir außer Versprechen und Schrift überall ein Schuldbekenntniß (Bähr, §. 58.); ist dieses Geständniß für die formale Kraft desselben außer und neben der Schrift nothwendig, oder werden wir auch der Ausstellung einer Urkunde, in der ein bloßes Versprechen enthalten ist, ohne Rücksicht auf seinen Grund verbindende Kraft beimessen? Wäre „chirographum" der engere Begriff, und ohne Schuldbekenntniß nicht denkbar, „syngrapha" der weitere Begriff, mit und ohne Schuldbekenntniß, als bloßes Versprechen denkbar, dann fanden die Römer in den Provinzen und unter Peregrinen bereits auch solche Formalcontracte vor [*Gaj. III. §. 134. — literarum obligatio fieri videtur chirografis et syngrafis,*

id est, si quis debere se aut daturum se scribat — was Bähr, S. 234. oben, vermengt — s. übrigens Gneist, formelle Verträge, 4. Abth. §. 6. und 5. Abth. bes. §. 7: „Συγγραφὴ ist . . eine durchaus generelle Bezeichnung jeder Urkunde"; dazu S. 491. fg.]; in unseren Quellen aber ist weder Name syngrapha (Gneist, S. 386.), noch unseres Wissens sonst eine sichere Spur dieses weiteren Formalcontractes nachweisbar (l. 11. C. qui pot. in pign. 8, 18. Leo.?). Wir können nun zwar nicht zugeben, daß ein bloßes schriftliches Versprechen nicht an und für sich bindend sein könnte; wenn Bähr (S. 152.) dieses deswegen behauptet, weil das „einfache (ohne Zugabe des Grundes gemachte) Versprechen sich sofort als etwas psychologisch Unvollendetes darstelle", so muß bemerkt werden, daß auch ein einfacher Schuldschein (si quis debere se ait) und gar das „X dare spondes, spondeo" der römischen Stipulation psychologisch nicht vollendet ist; und daß das Erforderniß einer besonderen Form gerade dazu da ist, das „daß" des Willens sicher zu stellen, und sein Warum in Wirksamkeit zu setzen. Dagegen sind Verträge darum allerdings nicht schon Formalcontracte, weil sie es sein können, oder könnten; und immerhin mag es der Fall sein, daß bei uns erst ein Schuldbekenntniß als genügender Ausdruck dafür gelten soll: daß man ohne weitere Rücksicht auf den Grund des Versprechens obligirt sein wolle [vgl. die Glosse zu *l. 2. D. exc. dol. 44, 4: — an hic libellus sit admittendus: „Peto X, quia promisisti? Videtur quod non, cum in promissione non sit causa sufficiens; sed adjicere debet: „quia promisisti ex causa mutui, vel simili"*].

Gegen eine Klage aus dem Schuldschein ist „mangels Grundes" nach obigem nurmehr eine exceptio möglich: entweder weil man irrthümlich ein indebitum, oder ex injusta causa, oder endlich ob causam sich für schuldig bekannt und verpflichtet habe, nun aber causa non secuta, oder finita sei (vgl. l. 47. l. 31. D. cond. ind. 12, 6. l. 1. pr. D. cond. s. c. 12, 7; l. 8. D. cond. ob turp. v. inj. c. 12, 5. l. 1. C. cond. ob turp. 4, 7; l. 1. §. 1 — §. 3. D. cond. s. c.); denn wo Zurückforderung, muß überall exceptio zustehen (l. 156. §. 1. D. r. j. 50, 17. vgl. l. 7. C. non num. pec. 4, 30.), während wir anderseits die exceptio mangels causa nicht über die condictio sine causa

hinaus erstrecken können. Der Erfolg dieser Exceptionen, und so die Kraft des Schuldscheines, hängt vom Beweise, und dieser — sollte man meinen — von den Beweisregeln über die Zurückforderung ab; hingegen scheint sich nun aber

1) die gemeine Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae (C. 4, 30.) aufzulehnen. Letztere stellt den Schuldschein als ein ob rem datum, und seinen Zweck als unerreicht dar [*l. 7. C. h. t. Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est etc.*], ist nur eine in factum concipirte exceptio doli, in der einen, wie in der anderen Fassung bereits in classischer Zeit gegen die Stipulation, [*l. 29. D. mand. 17, 1. l. 3. C. h. t. cf. l. 4. §. 16. l. 2. §. 2. dol. m. exc. 44, 4. §. 2. J. exc. 4, 13. Gaj. IV. §. 116.* Bähr, gegen Gneist, a. a. O. S. 295 fg.] und nachmals auch gegen den bloßen Schuldschein gerichtet (S. 393 unten). Für diese exceptio kommt — zuerst in l. 8. C. h. t. a. 228. — ein „tempus legibus definitum" vor, binnen dessen der Schuldschein protestirt (l. 14. §. 4. C. h. t.), und die exceptio perpetuirt werden muß, wenn sie nach Ablauf der Frist nicht verloren sein soll [*l. 8. C. cit. — Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto . . . debitum solvere compellitur. l. 14. pr. C. h. t. — non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, n. n. p. exceptionem objicere possit, . . sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso nullo modo querela n. n. p. introduci possit — §. 4. eod. — querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere — J. lit. oblig. 4, 22: — post multum temporis exceptionem opponere non potest —*]. Vor Ablauf dieser Frist nun, lehrt man, habe der Schuldschein, gegenüber der exc. n. n. pec. keine, — nachher aber entweder (denn nunmehr theilen sich die Ansichten) absolute, oder doch so viele Beweiskraft, daß er erst durch Gegenbeweis entkräftet werden müsse [insbesondere wegen *l. 14. §. 3. C. h. t.* Literatur und Beleuchtung dieser Controverse bei Gneist, S. 97. Anm. 4. S. 100. Anm. 2. Praxis S. 107. fg. Holzschuher, Theorie 2c. *II*, 2. S. 444. Zu der letzteren Ansicht vgl. noch Puchta P. §. 305. q. Arndts P. §. 281. Anm. 7. — zu der ersteren Vang. §. 167. Anm. Bähr, S. 303. Anm. 20.]. Die Widerlegung dieser letzteren Ansicht

besteht einzig darin, daß man „mangels Grundes“ gegen die Klage nur mit exceptio aufkommen kann (vgl. auch Rudorff, zu Puchta, a. a. O.), und daß mit Ablauf des Bienniums die exceptio unbestreitbar wegfällt [s. obige Stellen, und mehrere bei Gneist S. 89 fg.]; sie wäre nie aufgekommen, wenn man den Schuldschein nicht als bloßes Beweismittel gedacht hätte. Nach Ablauf der Frist verliert also der Aussteller die exceptio (und condictio vgl. Gneist, S. 102 oben) — eine äußerliche Beschränkung, keine innerliche Veränderung des Condictionenrechtes. Vor Ablauf der Frist aber soll der Schuldschein, mit gewissen Ausnahmen (l. 14. §. 1. C. h. t.), nichts beweisen, und also Excipient den Schuldschein „mangels causa“ anfechten dürfen ohne Beweis: liegt hierin nicht eine Abweichung vom Condictionenrechte? ein „Beweisbeneficium“ (Gneist, S. 404.)? Indessen ist a) weder der Schuldschein so allgemein ohnmächtig, noch der Excipient so allgemein beweisfrei, als es den Anschein hat. Wenn der Schuldschein die Schuld angibt, aus der er herrührt, und diese als eine „frühere“ (ex praecedente, antecedente causa) darstellt, so wäre ja noch immerhin möglich, daß der Schuldschein in Wirklichkeit aus Erwartung gleichzeitigen oder künftigen Empfanges ausgestellt wurde, mithin exceptio n. n. p. platzgriffe und Kläger zu beweisen hätte; statt dessen wird hier exceptio n. n. p. versagt und Excipient nur zu dem Beweise zugelassen, entweder daß jene causa (praecedens injusta, oder ein indebitum gewesen, oder (l. 5. C. h. t. cf. l. 6. l. 11. eod. l. 25. §. 4. D. prob. 22, 3.) „quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit [l. 13. C. h. t. vgl. Unterholzner, Arch. f. civ. Pr. VII. S. 3; Gneist, S. 294 — 297. S. 303 — 307. Arndts, P. §. 281. Anm. 2. Holzschuher, Theorie ꝛc. II, 2. S. 443. Seuff. Arch. VI. Nr. 274. Bähr, S. 322.]. Dabei müssen wir annehmen, daß die Durchführung der Exceptio sich im Einzelnen nach der vermittelst Condiction richtet, so daß z. B. zu dem Nachweis der indebiti cautio auch noch der der irrthümlichen Ausstellung gehört. Gibt dagegen der Schuldschein b) einfach einen Empfang, z. B. Darlehensempfang, als Grund an [*„chirographum acceptae pecuniae“ l. 14. C. solut. 8, 43. — „olei accepti scriptura“ l. 5. C. si cert. pet. 4, 2.*], so fällt unstreitig

28*

und unbestreitbar — trotzdem daß der Einwand des nicht gezahlten Geldes exceptio ist — nach älterem wie nach neuerem Rechte der Beweis dem Kläger zu [*l. 3. C. h. t. — compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam — l. 10. arg. l. 13. eod.*]; allein Bähr behauptet, daß Kläger diesen Beweis eben aus dem Schuldschein führe (a. a. O. S. 147 unten, S. 148. S. 309.). Gewiß eine leichte, natürliche Wendung der Sache. Nichtsdestoweniger dürfte Bähr diesmal fehlgegriffen haben. Seine Argumente in Nr. XVI. XVII., so namentlich die in den Vordergrund gestellten l. 1. C. cond. ob turp. caus. (4, 7.) und l. 2. C. h. t. scheinen uns sämmtlich widerlegbar. Ferner was hat es, wenn aus einem Schuldschein mit Empfangsbekenntniß geklagt wird, für einen Sinn, zu sagen: „compellitur petitor probare pecuniam esse numeratam“ (l. 3. C. h. t.), wenn Probant, um seinen Beweis zu erbringen, blos auf den Inhalt des Schuldscheins zurückzukommen braucht? oder müssen wir den Schuldschein in dieser und in den anderen Stellen überall zu einer cautio indiscreta verengen? (hiegegen Gneist a. a. O. S. 19. Anm. 3.); l. 5. C. si cert. pet. (vgl. Bähr S. 315.) spricht offen von einer „accepti scriptura.“ Dann betrachte man l. 1. C. dote caut. non num. (5, 15.): Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es. Bähr gibt nicht zu, daß in diesem Instrument die Dos als empfangen bestätigt sei (S. 327. unten), allein was will dann der Gegensatz zwischen Wirklichkeit und bloßer Schrift, wenn nicht den des wirklichen und geschriebenen Empfangs? Dieser blos schriftliche Empfang nun, heißt es, sei nicht genügend, man müsse den wirklichen darthun; durch den schriftlichen? dann wäre er ja genügend. Dazu vergleiche man noch l. 3. eod. In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, quum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat n. n. p. exceptionem opponere. Und wozu weiterhin die Verjährung der exceptio, wenn ihre „cavillatio“ (l. un. C. Th. si cert. pet. de chir. 2, 7.) lediglich darin besteht, daß dem Beklagten ein Gegenbeweis offen ist gegen die Urkunde! Wozu endlich die poena dupli für Ableugnung der numeratio? Wir halten also die gemeine

Lehre für richtig, daß Kläger die Zahlung anderweitig beweisen müsse, und begründen sie so: Ein Empfangsbekenntniß enthält an sich auch die Angabe einer causa praecedens; indem es aber der Angabe einer causa praecedens entgegengesetzt wird, (l. 5. l. 13. C. h. t.), ist stillschweigend ausgesprochen, daß es nicht buchstäblich verstanden werden solle; also — was durch tagtägliches Vorkommen unterstützt wird (vgl. Gneist, S. 21.) — auch eine causa futura bedeuten könne. Wir lassen dem Kläger das Recht, das ihm von Bähr so nachdrücklich vindicirt wird: daß er sich zum Beweise der Zahlung auf die Urkunde berufen dürfe; allein dasjenige Wort der Urkunde, welches eine geschehene Zahlung (pecuniam numeratam) beweisen soll, kann ebensowohl eine noch nicht geschehene (pecuniam numerandam) bedeuten, und also hilft ihm die Berufung auf die Urkunde nichts. Diese Beweisregelung ist allerdings kein „Beneficium"; aber auch kein Verstoß gegen die Beweiskraft der Urkunden (Bähr, S. 301 zc.), vielmehr unbuchstäbliche Auslegung eines sehr häufig nicht buchstäblich gemeinten Wortes. Auch das Unrecht, welches dadurch dem Kläger zugehen soll, verschwindet, wenn man bedenkt, daß er im Falle wirklicher Zahlung auf Bescheinigung eines in „bestimmte Vergangenheit" zu setzenden Empfanges dringen kann; denn ohne Zweifel kann auch ein Darlehen zc. praecedens causa sein (Unterholzner, a. a. O. S. 11.). — Eine Stipulation, Caution, ein Schuldschein „empfangenen Geldes" wird also zwei Jahre lang ausgelegt als eine Stipulation, Caution, ein Schuldschein wegen „zu empfangenden" Geldes, wornach sich von selbst ergibt, daß Kläger so lange die „geschehene Zahlung" noch besonders behaupten, mithin beweisen muß (vgl. übrigens l. 4. l. 10. C. h. t. — negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est). Hiernach würden wir aber auch wenn der Aussteller binnen dieser Zeit condiciren wollte, dem Beklagten den Beweis der Zahlung aufbürden (vgl. oben S. 411 §. 97 a. E.). — Wäre

2) der Schuldschein ohne Angabe eines Grundes ausgestellt, so soll „si .. cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, .. eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit —" (l. 25. §. ult. D. prob. 22, 3.). Der Einwand, daß indebite

cavirt sei, kann jede Grundlosigkeit der Caution bedeuten. Aber irgend einen Grund, warum er trotz Versprechens und Schuldbekenntnisses nicht schuldig sei, kurz irgend eine Grundlosigkeit des Schuldscheins muß Excipient angeben; die bloße Behauptung, daß er nicht schuldig sei, müßte sich entweder zur Diffession des Schuldscheins gestalten, oder aber für nichts gelten; den Schuldschein anerkannt, ist nurmehr exceptio möglich, und exceptio ist jene Läugnung seines Inhaltes nicht (vgl. Bähr, a. a. O. §. 63.). Würde nun aber die Grundlosigkeit bezeichnet, und zwar a) dahin, daß wegen vorausgeganger Schuld cavirt, diese selbst aber ein indebitum sei, dann müssen wir wiederum Bähr beipflichten: daß hier Excipient, nach Maßgabe der indebiti condictio, nicht nur das indebitum, sondern auch justam causam erroris beweisen, l. cit. also von einem anderen Falle verstanden werden müsse (Bähr §. 38.). Desgleichen träfe b) den Excipienten der Beweis, wenn er die Anfechtung auf injusta causa stützen wollte (l. 1. C. cond. ob turp. 4, 7.) Wenn er endlich c) behauptet, daß in Erwartung einer numeratio etc. cavirt und diese nicht erfolgt sei, so müßte er diese causa, Kläger aber, in Gemäßheit der exc. n. n. p., ihren Erfolg (und also „debitum esse") beweisen, — und hievon allein spricht l. 25. §. ult. cit. (Bähr, a. a. O.). — Wir verkennen nicht, wie gewagt diese Folgerungen sowohl dem Ausdruck, als dem Zusammenhange der l. 25. §. ult. cit. gegenüber sind. Aber einmal angenommen, daß Stipulation, Caution, Schuldschein an und für sich, sine causa, verpflichten, und mangels causa nur Exceptionen und Condictionen möglich sind, werden sie nothwendig. Wir vermöchten ihnen nur auszuweichen, indem wir den auf bloßes Schuldbekenntniß gestellten Schuldschein für nichts erklärten; folgerecht müßten wir dann auch die bloße Stipulation zur Zeit der l. 25. §. ult. cit. für nichts erklären; das wagen wir aber für keine Zeit.

§. 101.

Abrechnungsschulden insbesondere. Zahlungsversprechen.

Unter Abrechnung denken wir hier das Rechtsgeschäft, dem das arithmetische Geschäft des Abrechnens vorausgeht. Jenes

Rechtsgeschäft ist ein Vertrag, der, wenn es über Forderungen und Gegenforderungen ergeht, die Tilgung der compensirten Größen, — und wenn es einen Rest entziffert, sowohl Schuldbekenntniß als Versprechen auf diesen Rest enthält. Nach dieser letzteren obligatorischen Seite ist also die Abrechnung, soviel ihren Inhalt betrifft, nichts anderes als ein Schuldschein, hiernach formalcontractlicher Wirkung fähig und dadurch zu formalcontractlicher Wirksamkeit geeignet. Hiezu kommt, daß wer „zufolge Abrechnung" sich für schuldig erklärt, ex causa praecedente verspricht, und nur noch der Schrift bedarf, um seinem Versprechen die Wirkung des stärksten Schuldscheins zu geben. Merkwürdig ist nun, daß eine ziemliche Uebereinstimmung der practischen Jurisprudenz für die formale Wirksamkeit der Abrechnung vorliegt [Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. VIII. S. 63 fg. Seuffert, Pand. §. 309. Anm. 9. und die das. agff. oberstr. Erkk.; Holzschuher, Theorie rc. II. 2. S. 914. ad 6; Bähr, a. a. O. §. 55. §. 56.], während man gegen den Schuldschein sonst viel zurückhaltender ist. Und doch scheint uns die Abrechnung nur als Schuldschein (Schrift) Schulden zu „machen."

In Anbetracht bloßer Zahlungsposten, oder wo blos auf Einer Seite Schulden sind, kann es nach unserem Sprachgefühle zu keiner „Abrechnung" kommen (s. dag. Bähr, S. 220 unten, S. 225 oben).

Ein Zahlungsversprechen des Schuldners [*constitutum debiti (proprii) — D. de pecunia constituta 13, 5. C. 4, 18.*], das die (schriftliche) Form eines Schuldscheins nicht annähme, halten wir nicht für an und für sich verbindlich, wiewohl man in dem natürlichen Drange, derlei Willenserklärungen für den Gläubiger nutzbar zu machen, dasselbe schlechthin, und im Widerspruche mit dem römischen Rechte (l. 11. pr. D. h. t.) zum Formalcontract erhoben hat (Heise und Cropp, jur. Abhh. mit Entscheidungen des O. A. G. der 4 freien Städte Deutschlands, Bd. I. a. 1827. S. 349.). Den Vortheil, welchen die actio de pecunia constituta für den Kläger hatte (Gaj. IV. 171.), kennen wir nicht mehr, und also will denn auch uns nicht einleuchten, inwiefern dieses Zahlungsversprechen als solches — neben Schuldschein und Novation — noch von Bedeutung, und ein „constitutum" sein könne (vgl. Bähr, a. a. O. S. 170 fg.).

§. 102.

Schenkungs-Forderungen.

Neben so vielen anderen Weisen kann auch promittendo geschenkt werden; und zwar noch im Römischen Rechte durch ein nudum pactum (l. 35. §. 5. C. don. 8, 54. Justinian. §. 2. J. don. 2, 7.), nur daß zu dieser, wie zu anderen Schenkungen. noch eine Insinuation nöthig werden kann (arg. l. 24. l. 21. §. 1. D. don. 39, 5. l. 34. §. 4. C. eod.). Die Verpflichtung, welche aus dem Schenkungsversprechen entspringt, und soferne nur das Versprechen perfect ist, sofort und nothwendig entspringt, hat alle Merkmale einer Schuld, und weil einst stricti juris actione (jetzt durch eine condictio ex lege — vgl. Sav. Syst. V, S. 547.) verfolgbar, noch immer ihr Privilegium gegen Verzugszinse (l. 22. D. eod.); dagegen das beneficium competentiae (l. 12. l. 33. eod.), und Unverantwortlichkeit im Falle der Eviction (arg. l. 18. §. 3. eod.), und ädilitischer Mängel (l. 62. D. aedil. ed. 21, 1.) rühren theils aus der causa, theils aus dem Inhalt dieser Verpflichtung her [*l. 62. cit. — etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? —*].

Eine bloße pollicitatio [*l. 3. pr. D. pollicit. 50, 12. — offerentis solius promissum —*], wenn an eine „respublica“ (heute nicht blos „Stadtgemeinde —“ vgl. Seuff. Pand. §. 256.) gerichtet, ist entweder „ex causa“ oder „sine causa“ (l. 1. §. 1. §. 4. eod.), d. i. aus bestimmtem äußeren Anlaß (l. 1. §. 1. l. 4. l. 7. eod.), oder ohne solchen. Dort wie hier kann wahre Schenkung gewollt sein [*arg. l. 7. eod.*, dagegen Savigny, Syst. *IV.* S. 120.], dagegen nur dort sofort eine Schuld entspringen [vgl. *l. 1. §. 1. §. 5. citt.: „non erit obligatus —“ „liberalitatem perficere non coguntur“* — mit *l. 7. l. 3. pr. l. 6. eod.: „omnimodo tenetur“ — „quasi debitum exigatur“ — „aeris alieno loco habetur“ —*], wiewohl selbst dort je nach Art des Anlasses eine gewisse Gegenseitigkeit zur Geltung kommt (l. 11. eod.). „Sine causa“ bewirkt erst der begonnene Vollzug eine Schuld [*l. 1. §. 2. eod. „obligatus est, qui coepit (facere)“ — §. 3. — §. 6. l. 3. §. 1. l. 6. §. 1. l. 8. eod.*] und selbst dieser keine stets zu vollem Betrage gute Schuld (l. 6. pr. l. 9. l. 14. eod.). — Noch immer fordern Manche (Puchta, Pand.

§. 259. c. Schweppe, röm. Privr. III. §. 504. u. A. m.), daß die Pollicitation „von einem Gegenwärtigen" abgelegt werde, — wegen l. 5. eod.: Ex epistola, quam muneris edendi gratia absens quis emisit, compelli eum ad editionem non posse — es ist aber diese früher herrschende Ansicht von Bynkershoek angegriffen, und von Marezoll widerlegt worden (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. I. S. 370 fg. bes. S. 377.). — Hoc jure utimur, ut in rebus publicis, cum de donatione quaeritur, illud solum spectetur, utrum ob causam aliquam justam reipublicae quis promittat vel polliceatur, vel non (l. 19. pr. D. don.). Nämlich ob „ex causa" versprochen sei, oder nicht, und dann ob diese causa auch eine rechte sei (l. 1. §. 1. h. t. vgl. l. 13. §. 1. eod..)

Auch „voti obligationem" hatte das jus sacrum gewiß bis in's Kleine ausgeführt (vgl. Brissonius, de formulis, lib. I. Nr. 159 — 180.); in unsere Quellen ist nur wenig übergegangen (l. 2. h. t. vgl. l. 233. §. 1. D. v. s. 50, 16. l. 15. D. off. praes. 1, 18.).

§. 103.

Wett- und Spielschulden.

Die Wette ist nothwendig, das Spiel möglicherweise, ein Kampf [*certamen; — l. 3. D. aleat. 11, 5. — sponsionem facere . . . . ubi pro virtute certamen . . fit — l. 2 §. 1. eod. — ludere . . si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo etc. — l. 2 pr. eod. — solent enim quidam et cogere ad lusum . . victi dum retinent . .*]; jene in Worten, dieses in Werken; jene nothwendig, dieses möglicherweise um einen Siegespreis [*l. 2. §. 1. cit. „in pecuniam ludere"*]. Jene Worte sind Behauptungen; in ihrem gegenseitigen Widerspruche liegt der Kampf; und bei demjenigen, dessen Behauptung sich bewährt, der Sieg (z. B. Livius 39, 43 in fin. Gaj. IV. 93. vgl. Keller, Civilpr. §. 26. Anm. 307. Glück, Comm. XI. §. 760. Wilda, Zeitschr. f. d. R. Bd. VIII. S. 200 fg. Schwarze und Heyne, Unters. pract. wichtiger Materien, 1841. S. 84 fg. Vang. III. §. 673.). Die Handlungen des Spieles sind entweder „pro virtute" (l. 2. §. 1. l. 3. D. h. t.) und es entscheidet Kunst und Stärke; oder Provokationen des Zufalls, die sich

der „virtus" mehr und mehr entledigen, so daß zuletzt der Zufall alles, die Handlung nichts ist, und das Glück entscheidet (alea — Hazardspiele; — Glücks= und Kunstspiele vgl. Glück, Comm. XI. §. 757. Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren, S. 267 fg. Wilda, Zeitschr. f. d. R. II. S. 183 fg.). „Worauf" gewettet wird, ist unendlich verschieden; leicht auch der Ausgang eines Spiels, Anderer [z. B. bei Wettrennen — *l. 3. D. h. t. — in quibus ... etiam sponsionem facere licet (?)*], ja möglicherweise des eigenen (indem zu dem Streit in Thaten noch der in Worten hinzutritt). So können sich Spiel und Wette mit einander verbinden, nimmermehr aber Spiele als „Complexe von zusammenhängenden Wetten" (Puchta P. §. 258. n.) definirt werden. Der Preis („um was" man wettet oder spielt) wird entweder „gesetzt" [*l. 4. pr. eod. Quod ... vescendi causa ponitur, in eam rem familiae ludere permittitur — l. 1. C. h. t. 3, 43. — assem .. deponere et ludere .. l. 17. §. 5. D. praescr. v. 19, 5.* vgl. oben S. 291. §. 78.], wohl auch, von einem Dritten, „ausgesetzt", oder aber gegenseitig versprochen (sponsionem facere — l. 3. D. h. t.). Bei der Wette ist das Versprechen so gewöhnlich, daß den Römern die Wette selbst sponsio heißt. Aus diesem bei uns formlosen Versprechen entspringen unsere Wett= und Spielschulden.

Indessen wurde das Spielen um Geld (nicht das um Nüsse u. dgl. l. 4. pr. D. h. t.), mit alleiniger Ausnahme dessen quod virtutis causa fiat (l. 2. §. 1. l. 3. eod.) schon durch ein SC. verboten; Justinian glaubte selbst der virtus einen Damm setzen zu müssen (l. 1—3. C. h. t. Zu den 5 Spielen s. Glück, a. a. O. §. 757.). Was hiernach verbotswidrig angenommen wird, Versprechen wie Zahlung, ist ex injusta causa beim Sieger; die Zurückforderung währt sogar 50 Jahre. — Wetten sind wörtlich nirgends, dagegen im Sinn der Spielverbote dann untersagt, wenn auf den Ausgang verbotener Spiele (arg. l. 3. D. h. t.?) oder außerdem auf Zufall gewettet wird (vgl. Vang. a. a. O. Anm. 3.).

Diese Verbote sind gemeines Recht, so sehr man aus Kartenstempeln und Spielbanken das Gegentheil folgern möchte (vgl. Glück, a. a. O. §. 759.). Wenn aber jene fünf allein erlaubten Spiele entweder nicht im Brauch, oder nicht recht sicher

sind, so scheint es uns besser, auf die ältere, weitere Ausnahme [*l. 2. §. 1. cit. SC. vetuit, in pecuniam ludere, praeterquam .... quod virtutis causa fiat*] zurückzugehen (wie z. B. Seuff. pract. Pandr. §. 369. Anm. 4.), als nunmehr alle Spiele für verboten zu halten (wie Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 123. Anm. 1.) — um so mehr, als l. 1—3. C. cit. nicht glossirt ist. Uebrigens scheint uns das Kunstspiel nicht schon an und für sich, sondern nur insofern um Geld getrieben werden zu dürfen, als es „virtutis causa“ — wenigstens nicht minder um der Auszeichnung, als des Geldes halber — gespielt wird. — Straflosigkeit macht nicht erlaubt (Puchta, P. §. 258.).

§. 104.

Die Zinsschuld.

Es gibt Zinsschulden, welche nur Nebensachen einer anderen Schuld (Hauptschuld), nach römischem Ausdrucke nicht „in obligatione“ sind, sondern „officio iudicis“, also nur gelegentlich eines anderen Judiciums, prästirt werden (l. 49. §. 1 D. a. e. e. v. 19, 1. l. 54. pr. D. loc. 19, 2. vgl. l. 58. pr. D. ad SC. Treb. 36, 1. Mehreres bei Arndts §. 207. Anm. 4.). Von ihnen handeln wir hier nicht. Sofort gibt es aber eine Zinsschuld, welche keineswegs bloßes Accessorium einer anderen Schuld ist, wie man z. B. nach Puchta (P. §. 227.), Sintenis (pract. gem. Civilr. §. 87.) annehmen möchte. Ohne eine andere Schuld (sors, caput) kann sie zwar nicht entstehen, wohl aber bestehen. Wenn jene lehren, die „Zinsverbindlichkeit“ müsse mit der Hauptschuld erlöschen, so meinen sie nicht die Zinsschuld, sondern den Zinsenlauf [z. B. *l. 18. D. nov. 46, 2. Novatione .. facta ... usurae non currunt*]; daß mit der Hauptschuld die Zinsschuld verjährt (l. 26. pr. C. usur. 4, 32.), ist etwas Besonderes (vgl. l. 1. C. jud. 3, 1. l. 5. §. 3. D. solut. 46, 3.). Damit aber die Zinsschuld auch ohne die Hauptschuld bestehen könne, mußte bei den Römern schon die Verpflichtung zu Zinsen nicht blos vertragsmäßig, sondern durch selbständigen Vertrag (stipulatione) eingegangen werden [*l. 1. l. 3. l. 7. C. h. t. 4, 32. l. 24. D. praescr. v. 19, 5. — pecuniae .. creditae usuras nisi in stipulationem deductas non*

deberi —]; wir dagegen lassen uns eine formlose Nebenberedung nicht minder als ein besonderes Versprechen genügen (s. oben S. 393.). Allgemeineres später.

Hiemit sind die „gewissen" Vertragsschulden noch nicht erschöpft. Aber die aus dem Dotalversprechen werden bei der Lehre von der Dos, andere bei der Novation und Bürgschaft vorkommen; etwelche mögen sich auf dem allgemeinen Boden des Versprechens aus besonderen Anlässen besonders gestalten; ohne daß wir besondere Namen für sie hätten. Eine allgemeine Lehre des Versprechens nach dem Muster der Stipulationslehre (D. 45, 1. C. 8, 38.) möchte einen Platz im System verdienen.

b. Aus ungewissen Contracten.

α. Realcontractsforderungen.

§. 105.

Aus den genannten Contracten (commodatum, depositum, pignus).

Wir wiederholen, daß aus diesen Contracten zunächst bloße Verpflichtungen entspringen; und daß es im Ungewissen ist, ob daraus Schulden werden [vgl. *l. 10. D. r. cr. 12, 1. Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum.* S. 374 fg. S. 384.]. Dies zeigt sich 1) für die actio directa am besten an der ehemaligen Klagformel: Gaj. IV. 47. J. E. Quod A• A• apud Nm Nm mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quid quid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, ejus judex Nm Nm Ao Ao condemnato, nisi restituat. S. N. P. A. Oder: J. E. Si paret, Am Am apud Nm Nm mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemnato. S. N. P. A. Mag in jus, oder (was unserer heutigen Klagweise näher liegt) in factum concipirt sein, so soll eine Schuldverfällung (condemnatio) nicht möglich sein, es wäre denn, daß Beklagter die deponirte Sache dolo malo (l. 1. §. 20—§. 22. §. 25. §. 47; §. 6 §. 7; l. 12. §. ult. D. depos. 16, 3.) nicht, oder nicht unversehrt (l. 1. §. 16. eod. l. 34.), oder nicht im vollen Umfange (der

Haupt= und Nebensache — l. 1. §. 23. §. 24. eod.), selbst oder in Gestalt der noch vorhandenen Bereicherung (l. 1. §. ult. — l. 4. l. 16. eod.), umsonst (l. 34. eod.), zur rechten Zeit und am rechten Orte (l. 12. §. 1. eod. cf. l. 5. pr. D. comm.) restituirt. Dasselbe finden wir mit unwesentlicher Abweichung auch für commodati und pignoratitia (in personam) actio: l. 3. §. 1· l. 5. §. 2 — §. 10. l. 18. pr. §. 1. l. 23. l. 5. pr. D. commod. (13, 6.); l. 40. §. 2. l. 13. §. 1 — l. 15. D. pign. act. (13, 7.) cf. l. 38. §. 4. D. usur. (22, 1.) — verbum „restituas" etc· Mitunter muß litis aestimatio und condemnatio auch ohne Verschuldung des Beklagten vorgekommen sein: wenn Gegenansprüche ex eadem causa ihre Befriedigung durch Compensation erhalten sollten (l. 18. §. 4. D. commod.); doch wollen wir jetzt schon bemerken, daß eine derartige Befriedigung weder irgend einmal nothwendig, noch überall zweckmäßig (l. 18. §. 4. cit.), billig (l. 25. D. pign. act. vgl. l. 38. D. r. v. 6, 1.) oder unabweislich war [*l. 18. §. 4. cit. — aut judex pensationis rationem non habeat — l. 7. §. 1. D. comp. 16, 2*]. Viel häufiger begegnet uns hier denn auch die contraria actio, als Widerklage gegen die directa, aber auch ohne diese (l. 17. §. 1. D. commod.), zur eigenen Einklagung jener Gegenansprüche — von Schulden, die aus allen diesen Contracten möglicherweise, nicht nothwendig, entspringen. — Im Einzelnen besteht

1. commodati actio „de eo quod quis commodasse dicetur" (l. 1. pr. D. h. t.) Das „commodare" ist aber a) zuunterst ein dare, seinem Zwecke nach ein utendum dare — nicht eine Förmlichkeit von der die Perfection des Contractes abhängen soll — (l. 1. §. 1. eod), verbunden b) mit der Auflage „ut .. reddatur commodatum" (l. 5. pr. eod.) Wie der Geber hier nur Gebrauch, nicht Verbrauch gestattet, und dieselbe Sache zurückerwartet (l. 3. §. ult. l. 4; vgl. l. 3. §. 1. eod.), behält er nicht nur Eigenthum, sondern selbst den Besitz für sich (l. 8. l. 9. eod.), kann also wohl auch ausleihen ohne Eigenthümer zu sein (l. 15. l. 16. eod.) Noch ist das Commodat durch Unentgeltlichkeit auf der einen (arg. l. 5. §. 12. l. 17 §. 3 eod.), strenge Verantwortlichkeit auf der anderen Seite (l. 18 pr. eod.) — viel innerlicher aber und tiefer durch seinen Ursprung aus dem Bedürfniß vorübergehender, nachbarlicher Aushülfe [*Plaut.*

Aulul. I. 2. v. 15. Cultrum, securim, pistillum, mortarium — Quae utenda vasa semper vicini rogant — Fures venisse, atque abstulisse dicito] ausgezeichnet. So sind mutuum und commodatum äußerlich sehr verschieden, und doch innerlich eins; commodatum und precarium (S. 86 b.) dagegen scheinen äußerlich fast Eins, und sind doch innerlich bedeutend verschieden, indem das Precarium sich über das bloße Ausleihen hinaus zur Belehnung erhebt (vgl. Savigny, Lehre vom Besitz, 6. Aufl. §. 42. S. 563 fg.). So leicht übrigens den Juristen die Interpretatio dieses Edictes, und namentlich des „commodasse" schien (l. 1. §. 1. eod.), ward doch von altersher in mehreren Fällen gezweifelt, ob ein commodatum vorliege, oder nicht (l. 5. §. 11. — §. 14. eod.) — Derart herzuleihen ist Sache des freien Willens und der Gunst; aber einmal geliehen, liegt ein Geschäft, nicht nur des Gebers mit dem Empfänger, sondern auch des Empfängers mit dem Geber [*„geritur enim negotium invicem" l. 17. §. 3. eod.*], und also mehrfache Verpflichtung auch des Gebers vor (l. 18. §. 2. §. 3. eod.); namentlich darf er, bei Vermeidung des Schadensersatzes, den einmal gewährten Gebrauch nicht unterbrechen (l. 17. §. 3 eod.). Aus diesen Verpflichtungen kann es denn zu Schulden des Gebers (mutuae praestationes — l. cit.) und also zur contraria actio kommen.

2. Pignoratitia actio setzt ein pignus, ursprünglich wohl eines im engeren Sinne des Wortes (S. 326. §. 84.) voraus, also a) possessionis traditionem (l. 13. §. 3. D. pign. 20, 1.) behufs Verpfändung, womit stillschweigend wieder b) die obligatorische Auflage verknüpft ist, das Pfand nach eingetretener Zahlung oder Satisfaction zu restituiren (l. 9. §. 3. — l. 11. §. 1. l. 40. §. 2. D. h. t. 13, 7. §. 4. J. quib. mod. re contr. 3, 15.) An die Stelle des Pfandes tritt im Falle des Pfandverkaufes der Ueberschuß oder die Klage auf den Erlös (l. 24. §. 2. eod.) Uebrigens muß wiederholt werden (§. 81. §. 82.), daß der contractus pignoris mehrerlei pignoris obligationes erzeugt: Die Eine pignoris (rei) obligatio, die mit dem Pfandrecht Eins ist; und diese personae obligationes, die wir hier haben. Letztere treffen mit ersterer nicht derart zusammen, daß, wo jene nicht zu Stande käme, auch sie nicht aufkommen könn-

ten (l. 9. pr. §. 4. l. 11. §. 2. D. h. t.); aber möglich ist es allerdings, daß um desselben Grundes, weshalb rei obligatio, auch personae obligatio unmöglich ist (l. 29 eod. l. 45. D. r. j. 50, 17.) Ist aber einmal Pfandrecht nicht nöthig, um die verpfändete Sache bis zur Befriedigung an sich zu halten, so mag man sie auch noch bis zur Tilgung von Schulden behalten, für welche nicht verpfändet war (l. unic. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. 8, 27.) — Auch pignoris datio ist ein gegenseitiges Geschäft, und erzeugt außer den immerwiederkehrenden Verpflichtungen aus Impensen (l. 25. D. h. t.) und gemeinem dolus (l. 31. eod.) Haftungen des Gebers, die in dem besonderen Zwecke der Pfandgebung ihren Anlaß haben [*l. 16. §. 1. l. 9. pr.; l. 1. §. 2. l. 3.; l. 22. §. 3.; l. 22. §. 4. l. 23. eod.*], und darauf contrariam actionem. — Schon an einem früheren Orte (§. 81. S. 314. 315.) haben wir auseinandergesetzt, daß selbst die Hypothekbestellung als eine datio betrachtet und darauf hin directa wie contraria pign. actio möglich geworden sei.

3. Depositum ist ein a) „custodiendum datum" b) „reddendumque" (l. 1. pr. l. 6. D. dep. 16, 3.), so daß dieselbe Sache zurückgegeben und der Besitz beim Deponenten bleiben soll (l. 2. pr. D. r. cr. 12, 1.; l. 17. §. 1. D. h. t.); „nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos" (l. 24. eod. Papin. (vgl. l. 26. §. 1. eod.); namentlich den terminus der custodia. Nichts destoweniger spricht derselbe Papinian auch hier noch von einem depositum (s. g. irregulare) und depositi judicium (l. 25 eod.), so daß wir die Worte der l. 24. cit.: „— si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi —" als eine stillschweigende Zulassung der depositi actio betrachten müssen (vgl. Glück, Comm. XV. §. 940. S. 161. A. C. J. Schmid, über das dep. irregulare, Arch. f. civ. Pr. III. S. 80. 81.) Dieses pactum „ut tantundem solveretur" braucht nicht einmal ausdrücklich beredet zu werden, „si quis pecuniam numeratam (u. dgl.) ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet" (l. 31. D. loc. 19, 2. vgl. l. 1. §. 36 §. 41. D. h. t.); darin liegt schon ausgesprochen, „nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere" (l. 31. cit.)

Daß in Folge eines solchen Gedinges aber Eigenthum und Gefahr sofort auf den Empfänger übergehen [Puchta, P. §. 321. e. Arndts P. §. 286. Vang. §. 630. Anm. II. Wening §. 290. Seuffert, P. §. 317. 1. Unterholzner, Schuldverh. §. 660. 4. — Schmid a. a. O. S. 95. 96. *nro.* 1. *et* 2. unterscheidet, ob es ausdrücklich gesagt wurde, *ut tantundem solveretur*, oder nicht!] — davon können wir uns nicht überzeugen. Bei den Meisten versteht es sich von selbst (z. B. Unterholzner a. a. O.); für Einige scheint namentlich l. 31 D. loc. cit. so bestimmend zu wirken. Indeßen, wenn uns Jemand Geld hinzählt zur Aufbewahrung, versteht es sich wirklich von selbst, daß wir nun die Gefahr haben, deswegen weil wir eadem nummorum corpora nicht zurückzugeben brauchen? ist das der Lohn für das „beneficium in suscipienda pecunia" (l. 24. D. h. t.)? l. 31. cit. sagt allerdings: „secundum quae videri triticum factum Saufeji" und muß auch so sagen: denn bis dahin werden nur duo genera rerum locatarum (damit auch depositarum) unterschieden; eines mit dem Gedinge „ut idem redderetur", das andere „ut ejusdem generis redderetur", und in der That, „genera" kann man, genau gesprochen, auch nicht mehrere unterscheiden. Allein während es bezüglich des ersten genus vollgiltig heißt: „rem domini manere", soll beim zweiten überall „in creditum iri". Ist letzteres richtig? Wenn ja, dann wäre unser depositum irregulare überall ein Darlehen, was es bekanntlich nicht ist. Aber war auch nur der Verfasser der Stelle selbst der Ansicht, als ob jedes Depositum „ut ejusdem generis redderetur" ein Creditum sei? so viel wir sehen, nicht. Denn im weiteren Verlaufe der Stelle unterscheidet er 1) sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret — 2) sive eadem res quae tradita esset, reddi deberet — 3) si ita datum esset, ut in simili re solvi possit. — Hier geht also das zweite genus (ut ejusdem generis redderetur) in zwei Unterabtheilungen (in ein Creditum und ein Nichtcreditum) auseinander. Unser depositum irregulare wird nun doch wohl mit der letzteren Unterabtheilung: ut in simili re solvi possit — zusammenfallen; in diesem Falle aber, sagt die Stelle, conductorem culpam duntaxat debere [*cf. l.* 24. §. 2. *D. reb. auct. jud. poss.* 42, 5 — *vindicari eos posse.* —]

Vorzugsweise darum, weil der Depositar die Gefahr nicht trägt, will das depositum irregulare noch immer als depositum gefaßt sein; alle anderen Unterschiede vom Darlehen (vgl. darüber Schmid, a. a. O. S. 83.) sind entweder zweifelhaft, oder unbedeutend, oder antiquirt. Aber, wie schon angedeutet, ist in jedem Falle, da dem Nehmer freisteht, tantundem zurückzugeben, wohl zu prüfen, ob kein Creditum (Darlehen) vorliege. Entscheidend ist nicht die Gebrauchsgestattung, die ja nothwendig vorliegt, wo nicht dieselben Sachen zurückerstattet werden müssen; wohl aber der Umstand, ob sie der Empfänger gesucht [*l. 9. §. ult. D. r. cr. 12, 1. — qui mutuam rogavit — l. 10. eod.*] — überhaupt, ob dieser „bekommen" oder „übernommen", jener „gegeben" oder „übergeben" hat [*l. 2. pr. D. r. cr. Mutuum „damus" — l. 12. eod.: Si . . . pecuniam . . mutuam „acceperis" etc.; — l. 24. D. h. t. . . . qui beneficium in „suscipienda" pecunia dedit . . . l. 26. §. 1. eod. . „Suscepi" . . . titulo depositi . . . X.; l. 24. cit. . . . quid est enim aliud „commendare" quam deponere . . l. 28. D. h. t. — XXV, quos „apud me esse voluisti" —*]. Ist das Geld nicht gesucht, nur angenommen, so können selbst Zinse verabredet sein, wir haben nichtsdestoweniger ein Depositum [*l. 26. §. 1. l. 24. in f. D. h. t.* — wiewohl man solche Deponenten von den „Creditoren", nachdem sie einmal Zinse genommen, nicht mehr „separirt" *l. 24. §. 2. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5. l. 7. §. 2. D. h. t.*]; — ist es gesucht, so kann es zwar vorderhand noch Depositum sein, aber jetzt schon die Gefahr eines Darlehens mit sich führen (l. 4. pr. D. r. cr.). Also bei Commodat und Darlehen wird das Beneficium vom Geber, beim Depositum vom Nehmer erwiesen; hierin ruht die letzte und höchste Entscheidung über das Dasein des Depositum; darum auch ein Depositum an der eigenen Sache des Depositars nicht möglich (l. 15. D. h. t.).

Aber auch das, daß der Besitz beim Deponenten bleibe, ist nicht wesentlich; denn auch das „in sequestre depositum" ist ein Depositum, und erfolgt doch in der Hälfte von Fällen gerade omittendae possessionis causa (l. 39. D. a. v. a. p. 41, 2. l. 17. §. 1. D. h. t. oben S. 65. vgl. darüber jetzt Muther, Sequestration u. Arrest im R.R. 1856. S. 226—244). Paulus defi-

nirt dieses Depositum aber als eines quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur (l. 6. eod.). Hier ist kein Wort zu viel, oder zu wenig; „in solidum“: l. 17. pr. eod.; — „certa conditione“: l. 1. §. 22. eod. in fin. l. 9. §. 3. D. dol. mal. (4, 3.) l. 5. §. 2. D. h. t. Ein Streit um die zu deponirende Sache scheint ältester Anlaß dieser Deponirung, woraus denn sowohl die Solidarität, als die certa conditio (lex depositionis) entspringt; allein ein Rechtsstreit — quum aliqua res „in controversiam“ deducitur (l. 17. pr. eod.) braucht er nicht nothwendig zu sein; ein Spiel- oder Wettkampf kann dieselbe Folge haben (Rudorff, Zeitschr. f. g. R. W. XIII. S. 195.); und auch ohne Streit um die Sache ist sie denkbar (l. 5. C. dep. 4, 34. l. 5. D. fam. herc. 10, 2. l. 5. C. comm. utriusque jud. 3, 38. l. 22 §. 8. D. solut. matr. 24, 3. Muther, S. 195—212. Lang hat diese Deponirung als prozessualisches Cautionsmittel gedient, ist aber später in „Sequestration“ d. i. Realarrest übergegangen (Muther, S. 295—304.).

Eine Pflicht zur Aufbewahrung kann auch in anderen Contracten mitunterlaufen und geht dann in diesen auf [*l. 1. §. 9. §. 12. D. h. t.: — puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. §. 13. eod. quia hic est primus contractus*]. Dieselbe Pflicht erwächst auch aus der Aufnahme von Passagieren und Einkehrenden für den Schiffer und Wirth, in Anbetracht der Sachen, die hier mit aufgenommen werden, woferne sie die Haftung nur nicht ausdrücklich und im voraus von sich ablehnen (l. 1. §. 6; §. 8. l. 7. pr. D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant 4, 9.); und auch hier kann aus dem Hauptcontracte (ex locato) custodiae nomine geklagt werden (l. 5. pr. eod.); allein nebstdem schien hier custodiae nomine noch eine besondere actio (de recepto honoraria — in factum l. 3. §. 1. §. ult. eod.) nöthig, deren Fassung dem Beklagten nur Restitution oder Condemnation übrig ließ, ipso jure keine Entschuldigung, weder die des Conductors, geschweige denn die des Depositars kannte, und in den Fällen vollkommner Unschuld noch eine exceptio verlangte [*l. 3. §. 1 — si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari —*]. Diese Klage greift auch dann platz, wenn der Reisende unentgeltlich aufgenommen wird, und etwa auch depositi actio angestellt

werden könnte (l. 3. §. 1. l. 6. pr. eod.; vgl. l. 1. §. 5. D. dep. mit l. 1. §. 6. D. h. t.). Mit dieser realcontractlichen Haftung aus dem Receptum darf nicht verwechselt werden die des Wirthes, Schiffers für Delicte seiner Leute (l. 7. eod. l. unic. D. furti adversus nautas, caupones, stabularios 47, 5. — besonders §. 4. eod. l. 3. §. ult. D. h. t.). Die weitere Interpretatio s. D. h. t. und vgl. Unterholzner, Schuldverhh. §§. 694 — 696. Glück, Comm. VI. §§. 485 — 494. Müller, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die Posten (?) Leipzig 1835. Seuff. P. §. 405. Anm. 25.

Auch die „causa deponendi" kann die Haftung des Depositars verschärfen (l. 1. §. 1 — §. 4. l. 18. D. h. t. (16, 3.).

§. 106.

Aus ungenannten Realcontracten.

Auf der Grundlage einer res (datio) können noch gar viele, ja unabsehbar vielerlei Forderungen begründet werden, die keine eigenen Namen mehr haben, sondern unter dem gemeinsamen Titel einer praescriptis verbis (in factum civilis incerti) actio zusammengefaßt werden (D. h. t. 19, 5. C. 4, 64. l. 22. in fin. l. 6. l. 8. D. h. t.); denn auch die Contracte, woraus sie kommen, haben keine eigene Namen (l. 3. l. 4. D. h. t.), oder wenn sie solche haben, wie der Tausch- und der Trödelcontract, so hat doch die Forderung (actio) keinen (l. 1. pr. l. 2. eod.). Trotz aller sonstigen Mannigfaltigkeit zerfallen sie aber doch in drei Classen, indem 1) manche von ihnen nur auf Rückgabe des Empfangenen gehen, und also den genannten Realcontracten — bald mehr dem Darlehen (l. 10. l. 26. D. h. t.), häufiger dem Commodat und Depositum (l. 1. §. 2. l. 17. §. 2. §. 4. §. 5. l. 20. pr. l. 23. eod. l. 19. §. 2. l. 2. §. 2. D. prec. 43, 26.) — gleichen, wogegen 2) andere Zweck und Richtung der Consensualcontracte einschlagen, indem sie bald eine Gegenleistung (Austausch von Leistungen) bezwecken und also dem Kauf und Verkauf [*„vicina . . emtioni" l. 2. l. 1. D. rer. permut. 19, 4. l. 1. D. c. e. 18, 1. l. 25. D. h. t.*], der Pacht und Miethe [*„quasi genus locati et conducti" l. 1. §. 9. D. dep. 16, 3 l. 5. §. 2. l. 22. l. 15. D. h. t.*] — oder eine Verbindung von Leistungen, und also der Societät [*l. 13. §. 1.* vgl. *l. 17.*

§. *3. eod.*] — oder eine Gefälligkeit, und also dem Mandat [*l. 5.* §. *4. eod.* „*tamen mutuum officium praestamus*] gleichen. Endlich 3) können sie zwar zu Gegenleistungen verpflichten, wenn aber letztere kein Aequivalent für die Gabe sein sollen, nichtsdestoweniger Schenkung sein [*l. 22. l. 9. C. donat. 8, 54. l. 8. C. h. t.* vgl. *l. 1. C. don. quae sub modo 8, 55; l. 16 pr. D. h. t.*].

Diese Verknüpfung einer Verpflichtung mit einer Gabe pflegen die Quellen nur in der dritten Classe einen modus zu nennen; in der That aber ist sie auch außerdem, und nicht nur in allen ungenannten Realcontracten, sondern auch in den genannten eine Modification der Gabe; auf einen Modus geht denn auch das „ut" in dem Schema do ut des etc. (S. 372.). Nunmehr aber müssen wir unterscheiden zwischen der juristischen Form und dem wirthschaftlichen Zweck dieser Geschäfte. Denn es läßt sich nicht verkennen, daß in denjenigen ungenannten römischen Realcontracten, welche wir in der zweiten Classe aufgeführt haben, der Geber meistens nicht in der Gabe, sondern in der Gegengabe den Zweck seines Geschäftes erblicken wird, so daß wirthschaftlich betrachtet das „ut" in dem do „ut" des vielmehr ein „damit" denn ein „so daß", die Gabe nicht mehr Anfang und Grund, sondern Folge des Geschäftes, — ein pactum conventum die Grundlage desselben, und die Hingabe Erfüllung ist (vgl. l. 5. pr. D. h. t.); allein juristisch konnte das pactum conventum in den ungenannten Fällen, weil unverbindlich, nicht Grundlage des Geschäftes sein; vor einer Hingabe war das Geschäft selbst (juristisch) nicht da; wer wollte, daß es da sei, mußte sich erst auf den Boden der datio stellen; aber einmal auf diesem Boden, nahm er eine andere Sprache an und dictirte, was er vorher vereinbart hatte [„*legem enim suae rei dicit*" vgl. *l. 20.* §. *1. D. pact. dot. 23, 4.* und meine krit. Bl. I. S. 31 unten]. So ist, was nach wirthschaftlichem Zwecke Erfüllung eigener Verbindlichkeit sein sollte, zum Fundamente fremder Verpflichtung umgestaltet; diese Verpflichtung oder Auflage aber in ihrer allgemeinsten, zugleich aber tiefsten Bedeutung ein Modus der Hingabe; denn ihre bindende Kraft ruht darin, daß man seine Sache so soll hingeben dürfen, wie man will. Heutigen Tages nöthiget uns nichts, vorher zu geben, und erst kraft der Gabe zu verpflichten; und wenn wir um einer Gegenleistung willen auch im voraus geben, wird meistens nicht

nur — wie natürlich auch bei den Römern — eine einleitende Besprechung, sondern eine bindende Versprechung vorausgehen, und in den nun folgenden Leistungen ihre Lösung, nicht Bindung, finden. Allein möglich bleibt es auch heute noch, daß selbst ein solch tauschartiges Geschäft mit der Gabe beginne; die der ersten und dritten Classe haben ohnehin keine Ursache, sich heute anders zu zeigen, als jemals (vgl. S. 371 unten).

In der Gegenleistung haben wir eine res ob quam, und, ist nur im engeren Sinne des Wortes gegeben, eine condictio causa data causa non secuta wegen Nichtleistung, in Concurrenz mit der praescr. v. actio (l. 5. pr. D. h. t. oben S. 411.) — Grundes genug, den Realcontract anzuerkennen, wo und wann immer er vorkommt, wenn man überhaupt zur Festhaltung dessen, was wirklich und wahr ist, eines Zeugnisses über practische Nützlichkeit bedürfen sollte. Auch eine condictio sine causa (causa finita) ist möglich (s. den ersten Fall der ersten Klasse). Anderseits soll hier auch noch für den Empfänger praescriptis verbis i. f. civilis actio entstehen können; etwa wegen Eviction (l. 7. §. 2. D. pact. l. 5. §. 2. D. h. t. vgl. Unterholzner, Schuldverhh. I. §. 21. Nr. 5.).

Wenn nicht ein datum engeren Sinnes, so war es doch überall ein datum, was wir bis jetzt als Grundlage unserer praescriptis verbis actio fanden; auf anderer Grundlage schien anfangs wohl ebensowenig eine civilis obligatio, als jenes „legem suae rei dicere" möglich (l. 7. §. 2. D. pact. 2, 14.). Indessen sollte auch denjenigen, der in Erwartung einer verabredeten Gegenleistung sonst wie leistete, seine Erwartung nicht täuschen: sei es daß man mit der actio de dolo (l. 5. §. 3. D. h. t. l. 4. C. dol. mal. 2, 21.), oder sonst mit einer (prätorischen) in factum actio (arg. l. 16. §. 1. D. h. t. cf. Rubr. h. t. „et in factum act.) zu Hilfe kam; aber selbst unsere civilis (praescr. v.) actio finden wir in Aufnahme (l. 5. §. 4. l. 15 eod.). Warum war de dolo actio nicht überall ausgeschlossen, wenn ein civiler Klaggrund vorlag? (vgl. l. 2. C. dol. mal.). Worin und warum ein civiler Klaggrund? Vielleicht in einer letzten und äußersten Erstreckung der res? Wenigstens begreift Paulus in dem totius ob rem dati tractatus das „negotium" (l. 15. cit.) „facio ut facias" und „facio ut des" mit (l. 5. pr. eod.). — Aus Dienstleistungen kann allenfalls auch dann auf einen Lohn geklagt

werden, wenn er nicht ausdrücklich bedungen wurde (l. 22. eod.); gewisse Klassen dieser Fälle behielt aber der Prätor seiner extraordinaria cognitio vor (l. 1. D. extraord. cogn. 50, 13. l. 1 — l. 3. D. proxenet. 50, 14.).

In manchen Fällen treten die Eigenthümlichkeiten der beiden ersten von uns aufgestellten Klassen ungenannter Realcontracte mit einander in Verbindung; so namentlich in dem s. g. Trödelcontracte. Wir können ihn — aus l. 1. pr. l. 13. pr. D. h. t. l. 44. D. pro soc. 17, 2. l. 17. §. 1. D. h. t. — bestimmen als den Fall: Si rem aestimatam vendendam tibi dedero, ut aut eandem mihi afferres, aut pretium, quove pluris vendidisses, tibi haberes. Ein besonderes juristisches Interesse gewinnt er dadurch, daß Mandat, Kauf, Societät, Dienst- und Werkmiethe in ihn hineinspielen ((l. 1. pr. l. 2. D. aestim. 19, 3. l. 13. pr. l. 44. citt.), und, je nach Lage der Umstände, bald diese, bald jene Weise vorschlägt. Darnach wechselt, wie bei den ungenannten Realcontracten überhaupt (l. 17. §. 2. l. 5. §. 1. l. 20. §. 1. §. 2. l. 24. D. h. t.) die Tragung der Gefahr, und der Maßstab der Verschuldung (l. 17. §. 1. cit. l. 11. D. r. cr. 12, 1. Paul. R. S. II. 4. §. 4. l. 1. §. 1. D. aestim.). Vgl. überhaupt meine krit. Bl. Nr. I. zu Chambon, Beitr. zum Oblig. R. Bd. I. S. 1 — 110.

§. 107.

Aus Quasicontracten.

Abgesehen von den im Erbrecht zu behandelnden Vermächtnissen setzen auch diese Schulden sämmtlich eine gewisse sächliche Beziehung zwischen dem Schuldner und Gläubiger voraus (S. 369.), und zwar

I. daß Einer Geschäfte des Andern in die Hand nimmt. Hieher gehört

1) negotiorum gestorum actio directa und contraria. l. 3. pr. D. de negotiis gestis (3, 5.). Ait Praetor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo. Ohne daß „eines Anderen" Geschäft geführt ist, sind unsere Forderungen unmöglich (arg. l. 6. §. 4. eod.). Daraus allein, daß eines Anderen Geschäfte besorgt werden, entsteht

noch keine „Obligatio“ (s. dag. Puchta P. §. 327.), wenigstens keine klagbare Verpflichtung; ohne Zweifel denkt also der Prätor Einnahmen, Auslagen, Verschuldungen zu der Besorgung des Geschäftes hinzu. Ferner mag er bei der ersten Aufstellung dieses Judiciums wahre Geschäftsführer vor Augen gehabt haben; denn bis zur Stunde findet dasselbe nicht statt, wenn der Handelnde sein eigenes Geschäft zu besorgen vermeinte [*l. 48. D. r. v. 6, 1.* Kämmerer, Arch. f. Civilr. u. Proz. *VIII. Nr. 3. 4. 8.* Aber *l. 50. §. 1. D. her. pet. 5, 3.* und *l. ult. D. h. t.* machen noch immer Schwierigkeit. Vgl. darüber Kämmerer, a. a. O. S. 177 fg. Chambon, die *neg. gest. 1848. §. 18.* Köllner, Grundz. der *neg. g. 1856. §§. 16. 17.*]; allein nachmals fand man, daß es um so mehr platzgreifen müße, wenn anstatt sachdienlicher Geschäftsführung unstatthafte Einmischung oder gar eigennützige Ausbeutung fremder Geschäfte sich eindrängt (l. 3. §. 10. l. 6. §. 3. D. h. t. dagegen Köllner, a. a. O. S. 9. bes. §§. 3 — 8.). Treffend wird der Geschäftsführer unseres Edicts (negotiorum gestor) einmal voluntarius procurator genannt (Paul R. S. I. 3. §. 3. ex Cons. III.), indem er sich ursprünglich auszeichnet durch Selbstbestimmung, sowohl gegenüber den Mandataren, als den Tutoren und Curatoren [*l. 20. C. h. t. 2, 19: Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit: quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit* —]; sollte ja gerade für den Fall, daß es an einer Bestimmung von außen her fehlte, gesorgt werden; namentlich im Interesse Abwesender (l. 1. l. 2. D. h. t. l. 5. pr. D. o. et a. 44, 7. §. 1. J. oblig. quae quasi ex contr. 3, 28.). Bei Mandat hatte, bei Tutel brauchte man ein anderes Judicium; bei der Cura dagegen scheint tutelae judicium nicht einmal utiliter angegangen zu sein (s. S. 456. unten), während negotiorum gestorum judicium seiner inneren Einrichtung nach paßte. So finden wir es denn auch in der That auf die nur halbwegs freiwillige Cura erstreckt (S. 457.), und dürfte, wo nicht einzig, so doch vorzüglich, die Cura zu dem Satze geführt haben: Hac actione (n. g.) tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis

suspicione (cf. l. 1. §. 6. D. eo qui pro tut. prove curat. negotia gessit 27, 5.) gessit (l. 3. §. 10. D. h. t.). Kehren wir aber zu den ursprünglichen Fällen unseres Judiciums zurück, so bildet die Abwesenheit des dominus negotii nur den Hauptfall der „Abwesenheit des Auftrags" (vgl. Dankwardt, die neg. gestio 1855. §. 10.), und Abwesenheit des Auftrags, nicht des Geschäftsherrn, ist Voraussetzung unseres Judiciums. Diese ist in der verschiedensten Weise denkbar (l. 3. §. 5. D. h. t.; l. 2. C. h. t.; l. 35. pr.; l. 37. §. 2; l. 32. §. 1. l. 48. D. h. t.), unter anderem so, daß ein Mandat da ist, aber kein Mandatar (l. 19. §. 2. eod.), oder keines an den Handelnden (l. 31. eod.). Ratihabition gilt nicht als Mandat [*l. 9. eod. fin. l. 9. l. 19. C. eod.*], wir glauben ebensowenig für den Handelnden gegen den Ratihabenten, als in umgekehrter Richtung [*l. 6.* §. *9.* §. *10. D. eod.* dag. Vang. §. 664. Anm. III. und die dort Agff.]; unter Umständen jedoch gilt es als Mandat (l. 60. D. r. j. 50, 17.), nach einer längst aufgestellten Ansicht dann, wenn der Handelnde auf den Willen des Vertretenen gebaut hat [Glück, Comm. V. §. 419. S. 334. Anm. 4. Darauf kommen auch Leist, civ. Stud. auf dem Gebiet dogm. Analyse, 2. Heft §. 42 — §. 45. und Köllner, a. a. O. §. 43. hinaus]; auf den Fall, daß es nicht blos am Auftrag, sondern an einem Herren selbst fehlt, mußte das Edict eigenen Bedacht nehmen (l. 3. pr. §. 6. D. h. t.). Sonst aber verlangt dieses nichts, als daß „eines Anderen Geschäfte vorgenommen seien" — freilich die Grundlage unserer Obligationen, Actionen.

Was nun aber „alicujus negotium" sei, ist entweder „re ipsa" („ipso gestu" arg. l. 6. §. 11. eod.) — oder durch Erklärung des Betreffenden (dominus negotii) bestimmt. Jedes Geschäft, das mein Vermögen — meine Sachen und Rechte, Forderungen und Schulden —, es sei nun mit sichtbarer, natürlicher, oder mit unsichtbarer, juristischer Wirkung behandelt (zum Gegenstande hat) [*„insulam fulcire etc. l. 10.* §. *1. eod. „rem fructuariam reficere" l. 48. D. usufr. 7, 1. „rem aliquam perferendam accipere" l. 6.* §. *2. D. h. t. etc.: — „debitum solvere" l. 12. l. 16. C. h. t. l. 32. pr. l. 43. l. 45.* §. *2. l. 49. D. h. t. „exigere" l. 23. l. 6.* §. *9. eod.*]; ferner jedes, das die Erhaltung oder Förderung meines Vermögens,

oder meiner Person bezweckt [meines Vermögens: *„sive necessario rem emerit“ l. 22. eod. „si .. dedero pecuniam, ne (servus) occideretur“ l. 6. §. 8. eod. „ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant“ l. 1. eod. l. 3. §. 9. eod. l. 37. D. usur. 22, 1. „qui sumtus necessarios .. in communi lite fecit“ l. 31. §. ult. D. h. t. „litem in judicium deductam et a reo desertam . . . egit“ l. 31. §. 2. eod. „si . . . pro tua parte damni infecti cavero“ l. 40. eod. l. 41. l. 6. §. 1. l. 46. pr. §. 1. h. t. etc.*: meiner Person: *„tam filium, quam familiam ejus exhibuisse“ l. 34. eod. l. 11. C. h. t. „sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus“ l. 45. pr. D. h. t.* Loskauf aus der Gefangenschaft *l. 21. pr. eod.*], — ist re ipsa mein Geschäft. Sofort ist aber möglich, daß ein Geschäft, welches re ipsa nicht mein Geschäft, sondern eines Anderen, oder Niemandes Geschäft ist, durch meinen Willen — Mandat oder Ratihabitio — zu meinem Geschäft wird [*l. 6. §. 10. eod. „alienum negotium gestum est, sed ratihabitio . . . efficit, ut tuum negotium gestum videatur“; §. 9. eod. „nullum negotium tuum gestum est; ... sed ratihabitio .. fecit tuum negotium“*]. Dieser Wille wird sich sonst als Mandat an den Uebernehmer der Geschäfte, hier als Ratihabition des letzteren gestalten, mitunter aber nurmehr auf die allgemeinere Thatsache des Wollens zurückführen lassen (l. 31. pr. l. 46. eod.). Von dieser Kraft des Willens, ein Geschäft, das an und für sich nicht mein Geschäft ist, zum meinigen zu machen, muß unterschieden werden die Kraft des Willens, ein Geschäft, das mein Geschäft, aber ohne meinen Willen in der Hand eines Anderen nicht wirksam möglich ist, wirksam zu machen. Je nach Art des Geschäftes wird ohne Dazwischenkunft meines Willens bald nichts, bald nicht alles gethan sein [nichts: z. B. Eintreibung meiner Ausstände, insoferne der Schuldner liberirt werden soll; nicht alles: z. B. Veräußerung meiner Sache, insoferne der Erwerber Eigenthum erwerben soll]; überall hier wird die Dazwischenkunft meines Willens nicht die Wirkung erbringen, daß mein Geschäft gethan sei, sondern daß mein Geschäft (überhaupt oder vollständig) gethan sei (vgl. l. 9. D. in fin. l. 9. C. h. t. l. 3. C. r. v. 3, 32. l. 3. C. contr. stip. 8, 38.). Endlich ist eine Wil-

ligung des Geschäftes nach Seite seiner Nützlichkeit denkbar, und also vorausgesetzt, daß es dessen Geschäft sei, der es gutheißt (vgl. l. 9. cit. ab in.).

So weit die allgemeinen Voraussetzungen unseres Judiciums, mit denen man nicht ungern die der 1) n. g. actio contraria vermengt. Diese geht auf Deckung für den Handelnden, in der Richtung und in dem Umfang, wie sie der Mandatar hat (l. 1. l. 2. l. 10. pr. l. 28; l. 19. §. 4. D. eod. l. 18. C. eod.); fordert nun aber, daß jener den Geschäften sich als „negotiorum gestor" (voluntarius procurator — s. oben S. 447.) unterzieht. Dazu genügt nicht, daß er wissentlich eines Anderen Geschäft vorgenommen habe; er muß es auch für einen Anderen — wenn auch nicht gerade für den dominus negotii und Beklagten (l. 5. §. 1. l. 6. §. 8. D. h. t.) — unternommen haben (l. 6. §. 3. eod.). Ferner muß er, um nachher fordern zu können, von Anfang an obligiren wollen [*„eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget" l. 29. pr. in fin. l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3. l. 4. l. 27. §. 1. l. 44. D. l. 2. l. 11. l. 15. C. h. t.*]. Aber auch das genügt noch nicht: „is enim n. g. habet actionem, qui utiliter negotia gessit" (l. 10. §. 1 D. eod.). Hieran knüpft sich eine Streitfrage, die Wächter (Arch. f. civ. Pr. XX. Nr. 11.) mit Recht die wichtigste nennt: ob das Geschäft nicht blos ein nützliches, sondern ein nothwendiges sein müsse? Wir tragen nun kein Bedenken, zu sagen, daß wer volle Deckung haben will, sich auf das Nothwendige beschränken müsse [*argg. l. 10. eod. „qui rem non necessariam ... aggreditur" l. 6. §. 6. l. 22. l. 46. pr. eod. etc.*]; und daß, wer Andere nicht blos vor Schaden zu behüten, sondern bereichern zu müssen glaubt, auf diese Bereicherung verwiesen sei [*arg. l. 6. §. 3. eod. „non in id quod ei abest . . . sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem"* vgl. *l. 5. pr. D. de in r. verso 15, 3.* Leist, a. a. O. S. 160. Nr. 3.]; müssen aber zugleich bemerken, daß jene Regel (qui utiliter negotia gessit) nicht blos an einzelne Geschäfte, sondern an ganze Geschäftscomplexe [vgl. *l. 6. §. 6. in f. D. h. t. „ex mea administratione"*], und nicht sowohl an förderliche Geschäfte, als an förderliche Führung von Geschäften (utiliter gerere) denkt. Bei Besorgung ganzer Geschäftszweige, Wirthschaften reicht der Ge-

gensatz des Nothwendigen und Nützlichen nicht aus; leicht wird hier der des Herkömmlichen und Neuen — der mit dem des Nothwendigen und Nützlichen nicht eins ist (vgl. Köllner a. a. O. S. 79. Anm. 2. gegen Wächter a. a. O. S. 350. Anm. 20.) — in den Vordergrund treten, wo dann auf volle Deckung wiederum nur zu rechnen hat, wer beim Herkömmlichen bleibt (l. 11. eod.). Zur vollen Deckung gehört aber nicht nur, daß sie für allen Aufwand [*„in id quod ei abest“ (non solum in id quod ego locupletior factus sum) l. 6. §. 3. eod. „quidquid eo nomine vel abest ei vel absuturum est“ l. 2. in f. eod.*], sondern auch, daß sie für alle Fälle, insbesondere für den Unfall besteht, sei es, daß dieser erst nachträglich, oder gleich vornherein den Erfolg des Unternehmens vereitelt (l. 10. §. 1. l. 11. l. 22. l. 37. §. 1. D. l. 22. C. eod.). Wer über das Nothwendige und Herkömmliche hinausgeht, ist weder schlechthin für alle Auslagen, noch gegen den Unfall gedeckt; allein hier wird der Unterschied einzelner Geschäfte, und ganzer Administrationen wichtig: Nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem; quodsi in quibusdam lucrum factum erit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet (l. 11. D. eod.) — wenn dem Abwesenden (nach Abzug der nothwendigen Vergütungen an den Geschäftsführer, sowie nach Ansatz der allenfallsigen Entschädigungen herein) ein Gewinn bleibt, kann der Geschäftsführer auf diesen auch für Auslagen auf mißglückte, wenngleich nicht nothwendige oder herkömmliche Geschäfte, Anspruch machen. — So wenn re ipsa dessen Geschäfte besorgt sind, an den man fordert. Würden dieselben erst durch Ratihabition oder sonstiges Wollen zu seinen Geschäften, oder erschienen sie wiederum erst in Folge seines Willens als wirksam vollbracht, so läge darin, daß er sie will, zugleich die Gewähr voller Deckung (vgl. l. 6. §. 9. §. 10. eod.); die Frage, ob nützlich, ob nothwendig — ob herkömmlich oder neu — wäre ebenso überflüssig, wie bei vornherein aufgetragenen Geschäften. Aus denselben Gründen könnte, wenn in der That mein Geschäft geführt, und dann von mir gebilliget wäre, nicht mehr gefragt werden, ob es überflüssig, nützlich oder nothwendig war (vgl. l. 9. eod.). Prohibition dagegen würde, vom Augenblick der Prohibition an, jeden

Anspruch, selbst den aus nothwendigen Geschäften, unmöglich machen (l. ult. C. l. 8. §. 3. D. h. t.). — Lange nicht so viele Rücksichten sind nothwendig, wenn es sich 2) um Anstellung der n. g. a. directa handelt. Weit entfernt, daß auch hier in fremdem Interesse, oder gar um fremder Nothdurft willen gehandelt sein müßte, haftet vor allem der, welcher ohne Noth oder gar um eigenen Gewinnes willen sich in fremde Geschäfte gemischt hat [*l. 3. §. 10. eod. — non solum tenetur is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urgente, vel necessitatis suspicione gessit. l. 6. §. 3. eod. — si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa . . . nihilominus, imo magis et is tenebitur* . .]. Wenn es billig ist, daß ein Mandatar, oder wen des Andern Noth zur That bewegt, eine Reihe von Verpflichtungen übernimmt [*l. 2. eod. — aequum est, ipsum actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit, vel ex his negotiis retinet — cf. l. 20. pr. l. 8. §. 9. §. 10. l. 10. §. 2. §. 3. §. 8. D. mand. 17, 1. l. 9. in fin. D. h. t.*], so müßen dieselben Verpflichtungen überhaupt jeden treffen, der geflissentlich, aus was immer für Gründen oder Absichten, ob ohne oder gegen den Willen des Geschäftsherren, fremde Geschäfte in die Hand nimmt. Nur gegen den, der ohne es zu wissen und zu wollen, fremde Geschäfte führt, finden wir keine directa n. g. a. Bei diesem ist auch weder dolus noch culpa denkbar, wofür sonst Jeder, der eines Anderen Geschäft führt, einsteht [*§. 1. J. cit. l. 11. l. 6. §. 12. D. h. t.;* s. jedoch *l. 3. §. 9. eod.*]. —

Nach all dem finden wir nun zwar, daß der Wille, sowohl des Geschäftsherrn, wie des Geschäftsführers, nicht ohne Einfluß ist auf unser Judicium; daß ohne den letzteren bald keine contraria, bald nicht einmal directa n. g. actio, daß ohne den ersteren mitunter kein alienum negotium da ist. Darum ist aber der Wille der Parteien keineswegs Verpflichtungsgrund, man mag ihn nun als fingirtes, oder als präsumirtes, oder als Quasi-Mandat, oder sonst wie bezeichnen (Ruhstrat, Arch. f. civ. Pr. XXXII. §. 4 fg. Dankwardt, a. a. O. §. 20. §. 21. Chambon, a. a. O. S. 51 fg. Leist, a. a. O. §. 48, s. dag.

Wächter, a. a. O. §. 348. Anm. 17.); vielmehr gehört es zu den Eigenthümlichkeiten dieses und aller Quasicontracte, daß sie ohne irgend eine Uebereinkunft obligirend wirken. Aber auch aequitas und utilitas (Wächter a. a. O.) werden zwar zur Aufstellung unseres Judiciums und der gegenseitigen Actionen überhaupt geführt haben; aber Grundlage der Verpflichtung im einzelnen Falle bleibt jenes sächliche Verhältniß, das zwischen zwei Parteien sich entspinnt „si quis negotia alterius gesserit." Das ist die res dieses Quasicontractes. Der Wille von der einen oder anderen Seite ist nur eine gewisse Qualificirung dieser res: des Geschäftes, wenn er aus meinem Geschäfte ein deiniges, oder aus einem das noch keines ist, eines macht; der Geschäftsführung, indem der Handelnde je nach Meinung, Absicht und Wahl das Verhältniß so gestaltet, daß contraria, oder blos directa, oder gar keine negotiorum gestorum actio möglich ist. Auch nur als pactum adjectum neben oder über dieser res vermögen wir den Willen nicht zu denken, geschweige denn als Grundlage der Verpflichtungen (causa obligationum). Dankwardt meint, daß wo n. g. actiones erst durch Ratihabition möglich werden, eine wirkliche Willensvereinbarung („Quasimandat") vorliege und der wahre Verpflichtungsgrund sei; zwar von den römischen Juristen sei die Ratihabition nur als Umwandlung des fremden Geschäftes in ein eigenes behandelt worden, aber dies nur der Edictsworte wegen „si quis alterius negotia gesserit etc.", was für uns blos historische Bedeutung habe (a. a. O. §. 20. Anm. 1.). Allein heute noch muß sich der negotiorum gestor mitunter statt an den Ratihabenten an den reellen dominus negotii halten (l. 6. §. 11. §. 6. D. h. t.); würde, wie Dankwardt will, durch die Ratihabition ein Vertrag perfect, so müßte derselbe zugeben, nicht nur daß aus der bloßen Thatsache des für einen Anderen geführten Geschäftes eine Verpflichtung entspringe, sondern auch, daß diese Verpflichtung stärker sei, als die aus dem Vertrag. Nach der Darstellung der Quellen dagegen geht hier das Reale dem Idealen, die Verpflichtung aus der realen Zugehörigkeit des Geschäftes der aus der idealen vor — nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri. — —

Die funeraria actio (l. 12. §. 2. D. de religiosis et sumtibus funerum 11, 7. C. 3, 44.) ist ihrer Gattung nach eine negotiorum gestorum actio contraria [s. dag. *G. Dietzel, de act. fun. commentatio. Lips. 1853. §. 11. — „generaliter dixerim, cognationem utriusque inter se edicti omnino nullam posse constitui“*], so daß der Richter gemahnt werden mußte, nicht schlechthin diese zum Muster zu nehmen (l. 14. §. 13. fin. eod.). Das Geschäft der Leichenbestattung — zu dem wohl „munimentum sepulcri“, aber nicht das falsche „monumentum“ in l. 37. §. 1. eod.; ferner das „funus ducere“, nicht aber das „funus transferre“ gehört (vgl. Dietzel, a. a. O. §. 8.) — ist keine bloße Privatangelegenheit; wer es besorgt, ohne dazu verpflichtet zu sein, soll freier behandelt werden (l. 43. fin. eod. l. 14. §. 13. cit.), als ein sonstiger negotiorum gestor [*l. 14. §. 13. eod.* vgl. dazu Kämmerer, a. a. O. S. 171; *§. 11. l. 32. eod.*]. Ferner wurden hier besondere Bestimmungen nöthig, darüber, wessen dieses Geschäft sei [*l. 14. §. 17. — l. 31. pr. eod. cf. l. 12. §. 4. l. 14. §. 2. eod.;* die Praxis fügt die Alimentenpflichtigen, und schließlich die Armenkasse hinzu: Glück XI. §. 771. a. E. Unterholzner, Schuldverhh. II. S. 658.], und wie groß der einzuklagende Aufwand sein dürfe (l. 12. §. 5. l. 14. §. 6. eod.). Daß die Klage subsidiär sei, scheint allerdings schon auf Grund der l. 14. §. 12. eod. selbst nicht in dieser Allgemeinheit ausgesprochen werden zu dürfen (Dietzel, a. a. O. §. 1 — §. 10.).

2) Tutelae actio directa und contraria. Puchta, der in dem Verhältniß zwischen Mündel und Vormund nichts als eine Obligatio erblickt (P. §. 332.), läßt die tutelae actio „aus der Obligatio zwischen Vormund und Mündel“ entstehen. Allen Boden wird diese Ansicht dann verlieren, wenn wir einst darthun können, daß das Verhältniß des Mündels zum Vormund heute so wenig als jemals eine Obligatio sei. Aber auch ohne dieß läßt sich ihre Unrichtigkeit behaupten: l. 4. §. 3. D. rem pup. salv. fore (46, 6.) — nec actio tutelae eum, qui non gessit, tenet — cf. l. 39. §. 11. D. adm. tut. (26, 7.). „Wir müssen offenbar eine ältere Theorie annehmen, nach wel„cher die tutelae actio nur wegen gestio angestellt werden „konnte. Dieser Theorie gemäß müssen auch das Edict und die

„Klagformel ausdrücklich auf gestio gestellt gewesen sein“ (Ribbentrop, Correalobligationen S. 54.). Darnach dürfen wir wohl behaupten, daß auch hier Geschäftsführung nebst den damit verknüpften Einnahmen, Ausgaben, Verschuldungen als die Quelle der beiderseitigen Verpflichtungen und Schulden betrachtet worden (l. 1. pr. — §. 10. D. de tutelae et rat. distr. et utili cur. causa act. 27, 3; — l. 1 pr. D. contr. tut. et utili. act. 27, 4: — pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione — vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft, III. §. 154. Arndts, P. §. 459.), ja sogar das Motiv zur Aufstellung der tutelae actio dem der neg. gestorum actio ähnlich gewesen sei [*l. 1 pr. cit. Contrariam tutelae actionem Praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes etc. cf. l. 5 pr. fin. D. o. et a. 44,* 7.]. Uebrigens besteht bei der Alterstutel ein officium (nicht obligatio) zur Uebernahme der Geschäfte (vgl. l. 1. §. 8. D. h. t. l. 1. §. 9. D. de eo qui pro tutore 27, 5.), dessen Versäumung zwar gewiß von Anfang an eine Verschuldung, aber schwerlich von jeher Gegenstand privatrechtlicher Verfolgung war; griff ja tutelae actio, wie wir meinten, ursprünglich nur „ex gestu“ (vgl. l. 1. §. 13. D. h. t.) statt. Seitdem nun aber jene Verschuldung obligirt [*l. 1. §. 1. D. adm. et peric. tut. 26, 7. — id enim a D. Marco constitutum est, ut qui scit, se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora constituta, suo periculo cesset*], rührt auch tutelae actio nicht mehr einzig ex negotio gesto, sondern auch aus Nichtführung der Geschäfte her; nur daß aus diesem letzteren Grunde auch jetzt noch nur utili tutelae actione geklagt ward (l. 4. §. 3. D. rem pup. salv. — cit.). Folgerecht konnte gegen denjenigen von mehreren Vormündern, der nicht gerirte, auch nur utiliter geklagt werden (l. 39. §. 11. D. adm. tut.).

Was der Tutor thut, muß um des Pupillen willen gethan sein; (l. 1. §. 4. D. contr. tut.) unter dieser Voraussetzung können aber selbst Guthaben des Tutors aus Vaters Zeiten her in dieses Judicium kommen [§. *5.* §. *6 eod. .. si .. quia tutor erat, .. ideo non exegit*]. Der Tutor muß nicht nur Tutor sein, sondern auch wissen, daß er es sei, „ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat“; sonst wäre nur protutelae actio

(l. 3. D. de eo qui pro tutore), oder wenn er auch nicht pro tutore (l. 1. §. 1. §. 6. §. 7. eod. l. 24. tut. act.) auftritt, nur negotiorum gestorum actio möglich (arg. l. 1. §. 6. eod.). Hiernach können Geschäfte für den Pupillen, aber aus der Zeit vor oder nach der Tutel in tut. actione nicht in Betracht kommen; indessen, quae connexa sunt, venire in tutelae actionem (l. 13. D. tut. act. 27, 3. l. 3. §. 8. D. contr. tut.). — Aus späterer Darstellung des vormundschaftlichen Amtes werden sich Verwaltungsvorschriften, und daraus mehr in's Einzelne gehende Bestimmungen darüber ergeben, „quae fecit tutor quum facere non deberet" und „quae non fecit", quum facere deberet (l. 1 pr. tut. act.); von solchen besonderen Obliegenheiten abgesehen erwartet man von ihm sowohl im Ganzen als im Einzelnen wenigstens „quantam in suis rebus diligentiam" und läßt ihn „dolum und culpam" prästiren (l. 1 pr. cit. l. 33. pr. adm. tut.; l. 2. l. 7. C. arb. tut. 5, 51.), wogegen ihm anderseits, unter denselben Voraussetzungen, wie dem negotiorum gestor, für seine Ausgaben volle Deckung verheißen ist (l. 1. §. 6. l. 3 pr. §. 7. D. contr. tut). — Von seinem Tutor während der Tutel Rechenschaft zu fordern stände dem Pupillen schlecht an (l. 9. §. 4. D. tut. act.); tutelae judicium ist hiernach überhaupt erst nach Endigung der Tutel dieses Tutors möglich (l. 1. §. ult. l. 4. pr. l. 9. pr. — §. ult. l. 10 eod.), dann aber auch tutelae judicium, auf das obligatorische Ergebniß der ganzen Tutel dieses Tutors gerichtet, und also nur einmal möglich; doch kann unter Umständen die der abermaligen tutelae actio entgegenstehende exceptio rei judicatae mit einer replicatio doli beseitiget werden (l. 46. §. 5. D. adm. tut. 26, 7.), und vor der Zeit angestellt würde die Klage überhaupt nicht consumirt (l. 4. §. 2. D. tut. act.).

Neben tutelae finden wir curationis judicium (l. 11. D. auct. tut. 26, 8.), und neben der tutelae actio eine utilis curationis causa actio (Rubr. Dig. 27, 3.), dagegen nirgends, oder doch nirgends mit Sicherheit, eine utilis tutelae actio (Rubr. Dig. 27, 4.?). Eine utilis tutelae actio dürfte bei der cura furiosi, minoris, oder auch impuberis in der That auch ebensowenig passend geschienen haben, wie tutelae actio [*l. 3. C. h. t. 5, 51.* spricht gewiß mißbräuchlich von tutelae judicium, Rudorff, a. a. O. III. S. 6. Anm. 11.]; denn das curationis

judicium sollte nicht nur dem Namen, sondern auch der Sache nach ein anderes sein, als tutelae judicium: namentlich auch während der Cura angestellt werden können (l. 4. §. 3. l. 16. §. 1. D. tut. act. l. 26. D. adm. tut.). Darum griff man hier zu der allgemeineren negotiorum gestorum actio zurück (l. 4. §. 3. l. 16. §. 1. citt. l. 3. §. 5. D. neg. gest. 3, 5.); und wenn es nun etwas für sich hat, daß auch diese Klage nicht direct anging [*l. 20. C. neg. gest. 2, 19. l. 17. eod. l. 7. C. h. t.: — in tutelae seu neg. gestorum utile judicium venire* — S. 447 unten], so möchten auch wir in der utilis curationis causa actio eine utilis negotiorum gestorum actio erblicken (Unterholzner, Schuldvhh. II. §. 644. c.). Keine andere Klage als diese scheint bei der cura bonorum platzgreifen zu sollen, woferne nicht die eigene Klage aus dem Edicte de rebus auctoritate judicis possidendis (l. 9. pr. §. 3. D. 42, 5.) Anwendung findet.

Inwieweit tutelae judicium durch unsere heutige Vormundschaft modificirt sei, wird sich bei dieser, — was für ein Verhältniß zwischen mehreren Vormündern sei, theils ebendaselbst, theils im nächsten Obligationenabschnitt erweisen.

§. 108. Fortsetzung.

II. Darauf, daß Einer theils Geschäfte, theils Sachen des Anderen in Händen hat, führen wir die Verpflichtungen und Schulden zurück, die

3) in communi dividundo judicio (vgl. S. 250.) vorkommen, wenn der Richter nicht etwa, behufs Theilung, Forderungen erst constituirt (§. 5. J. off. jud. 4, 17. S. 229. §. 64. a. E.) [*si quid in his (rebus ipsis communibus) damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi l. 3. pr. D. comm. div. 10, 3. l. 4. §. 3. §. 4. eod.*.]. Daß diese Forderungen ex re seien, steht ausdrücklich in l. 46. D. o. et a. (44, 7); daß diese sächliche Grundlage hier aber eine zweifache sei, scheint uns angedeutet in l. 14. pr. h. t.: In hoc judicium hoc venit, quod 1) communi nomine actum est, 2) aut agi debuit ab eo qui scit se socium habere. ad. 1. Res communis zieht „commune negotium" (l. 27. eod.) d. i. Geschäfte nach sich, die Geschäfte sowohl des einen wie des anderen Ge-

meinhabers sind. Ein Geschäft, das die res communis betrifft, ist gemeinsames Geschäft aller Gemeinhaber. Manche Geschäfte sind nothwendig allen gemeinsam, weil sie den Körper der res communis betreffen (z. B. l. 12. eod.), während andere, die das Recht an derselben angehen, sich häufig auf die einzelnen Antheile beschränken können [z. B. *l. 7. §. 13. eod. Si debitor communis praedii partem pignori dedit — —*]. Somit kann es wohl kommen, daß ein Gemeinhaber bezüglich einer res communis lediglich sein eigenes Geschäft führt, und also keinen Grund legt zu Forderungen oder Schulden an seine Genossen. Führt er hingegen ein gemeinsames Geschäft, so führt er neben seinem eigenen zugleich ein fremdes oder fremde — seiner Genossen — Geschäfte, und befindet sich also wohl nicht mehr in jener anspruchlosen Lage wie vorher. Und in der That ist er verantwortlich, und hat er Ansprüche, vorausgesetzt nur, daß er nicht blos sein eigenes Geschäft zu führen vermeinte (l. 29. pr. l. 14. §. 1. eod.). Nach dieser letzteren Voraussetzung, wie nach der ganzen Anlage dieses Quasicontractes meint man auf dem Boden der negotiorum gestorum actiones zu stehen und muthmaßen zu dürfen, daß hier und dort dieselbe Sache, und in comm. divid. judicio nur der Name des neg. g. judicium untergegangen sei. Statt dessen kommt nun aber darauf an, ob der Handelnde das Geschäft auf seinen eigenen Antheil hätte beschränken können, oder nicht — nicht oder nicht wohl. Im ersteren Falle ist er wirklich negotiorum gestor, und steht auch nur negotiorum gestorum actio hin und entgegen zu; im anderen Falle dagegen ist anzunehmen, daß er sich allein im Auge hatte und nur folgeweise und unwillkürlich für den Anderen handelte; neg. g. judicium also nicht statthaft. Dennoch weiß er, daß das Geschäft zugleich des Anderen ist, und qui scit rem esse communem . . . negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget (l. 29. eod. vgl. übrigens l. 22. eod.). Für diesen eigenthümlichen, so recht durch communio hervorgerufenen Fall ist communi div. judicium da [*l. 6. §. 2. eod. — non alias communi dividundo judicio locus erit . . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet n. g. actionem, eaque tenetur cf. §. 7. eod.; l. 29. eod. — neque enim negotia socii gero, sed propriam*

rem tueor, et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur — cf. l. 6. pr.; l. 25. §. 16. D. fam. herc. 10, 2. — quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo n. g. actio ei non competit —]. Die Verpflichtung zur diligentia qualem in suis rebus ist denn hier auch aus dem Ueberwiegen des eigenen Geschäftes hervorgegangen (l. 25. §. 16. cit.). — So wenn Einer von den mehreren Gemeinhabern handelt. Lediglich auf diesen einen Fall unserer Obligationen scheint Brinckmann gesehen zu haben (Verhältniß der actio comm. div. und der actio neg. gest. zu einander 1855.). Allein wie bei der Tutel sind auch „ex communione" (l. 11. D. h. t.) Schulden um deswillen möglich, weil ad 2) nicht gehandelt wird, indem man von demjenigen, der in Gemeinschaft ist, und weiß, daß er es sei, auch eine gewisse Thätigkeit verlangt (quod agi debuit ab eo qui scit se socium habere). Beispielshalber verweist die Glosse auf l. 25. §. 18. D. fam. herc. (vgl. auch §. 17. eod.); regelhalber verweisen wir auf §. 16. eod., wo vom coheres überhaupt diligentia qualem in suis, hiemit aber nicht blos eine gewisse Sorgfalt „im" Handeln, sondern auch ein gewisser Eifer „zum" Handeln, gefordert wird (arg. §. 17. §. 18. eod. cf. l. 6. §. 11. D. h. t.). Auch zur Vorsicht „beim" Handeln, gegenüber der res communis, (Vermeidung der Aquilischen Culpa) ist Einer dem Anderen verpflichtet. Diese Verpflichtung beruht aber weder auf der Grundlage der Geschäftsführung, noch auf der der Gemeinschaft, sondern ist außerhalb sowohl der Quasicontracte wie der Contracte begründet, und ein Allgemeineres in dem Besondern — dieses und anderer Contracte (l. 8. §. 2. eod.). Das Besondere hat aber hier und anderwärts auf das Allgemeinere zurückgewirkt (l. 10. pr. eod.). — Endlich scheint uns auch die Verpflichtung aus Perceptionen (si quid . . ad eum pervenit ex re communi) auf allgemeinerer Grundlage zu beruhen [S. 401. Z. 17. v. unten. Ein Argument: *l. 44. §. 3. D. fam. herc. „— ante aditam hereditatem —" cf. l. 49. eod.: „— heredem esse oportet —"*].

4) Dieselben Arten und Gründe quasicontractlicher Verpflichtungen und Schulden können wir auch in familiae herciscundae judicio unterscheiden, soferne wiederum nicht etwa erst

behufs Theilung Obligationen geschaffen (l. 52. §. 2. D. fam. herc.), sondern vorhandene erkannt werden (l. 22. §. 4; l. 18. §. 3. §. 6; l. 19; l. 16. §. 4. l. 25. §. 16. eod.). Bilden doch res communes den Kern auch derjenigen Gemeinschaft, die in diesem Gerichte zur Auseinandersetzung kommt (l. 44. pr. eod.) und kann gerade er sammt den causae (obligationes) ex his pendentes auch in communi div. judicio vertheilt werden [*l. 44. pr. eod.* Zu *„de ceteris vero in integro sit f. herc. judicium“* weiß die Glosse nur *res depositae* u. dgl., überhaupt nur *res non hereditariae* anzumerken]. Im Uebrigen s. besonders l. 49. l. 44. §. 3. l. 39. pr. eod. Wie wenn der handelnde Erbe von der Gemeinschaft nichts wüßte? (vgl. S. 458. Z. 17.).

5) In finium regundorum judicio (§. 68. I.) fehlt es an einer res communis; finium regundorum actio ist pro „vindicatione.“ So finden wir hier Verpflichtungen, wie sie auch in rei vindicatione mitunterlaufen (l. 4. §. 2. D. fin. reg. 10, 1.), Schulden, die erst zum Zweck oder aus Anlaß der Grenzregelung constituirt werden (l. 3. l. 4. §. 3. eod.), und Obligationen aus Perception (l. 4. §. 1. eod.); in all dem nichts, was uns an die der Communio eigenthümlichen Obligationen erinnnern könnte. Indessen ist die Grenzregelung doch ein commune negotium beider Nachbarn, und also erklärlich, daß si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus; qui non conduxit, in partem mercedis.

§. 109. Fortsetzung.

III. Darauf, daß Einer eine Sache hat, die jemand Anderer irgendwie ansprechen kann, oder doch ansprechen zu können scheint, beruht

6) die „aequitas exhibitionis“ (l. 3. §. 14. D. ad exh. 10, 4.) und ad exhibendum actio. Daß diese Billigkeit wirklich eine Obligation sei, nehmen wir der beredten Einwendungen des Donellus (Comm. de jur. civ. lib. 20. cap. 8. §. 2 — 4. z. B. aus l. 12. §. 6. D. h. t.) ungeachtet an; nicht sowohl durch die persönliche Fassung der Klage (l. 3. §. 3. D. h. t. vgl. S. 231. Z. 11. fg.), als durch die „Billigkeit“ der Exhibition bewogen (vgl. Glück, Comm. XI. §. 741. S. 189.).

Exhibition ist nach der Definition des Paulus ein „facere in publico potestatem ut ei qui agat experiundi sit copia" [*l. 2. eod. cf. l. 3. §. 8. D. hom. lib. exh. 43, 29: „— in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem praebere —"*], wornach die actio ad exhibendum nur als Vorstufe einer anderen actio erscheint (ut experiundi sit copia). Sollten jene Worte des Paulus bedeuten oder einmal bedeutet haben, daß ohne die Exhibition ein weiteres Vorfahren nicht etwa blos schwierig oder unsicher, sondern unmöglich sei, so wüßten wir uns das in solcher Allgemeinheit blos aus der Zeit der legis actio sacramento zu erklären: Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur (Gaj. IV. 16.); denn wie wenn der Gegner die Sache nicht gutwillig herbeibrachte? Das „tangere" in der anderen Definition würde zu dem „adprehendere", „festucam imponere" der vindicatio, das „publicum" beider Definitionen vielleicht zu dem „jus" der legis actio stimmen. Auch sind es zumeist, und vor allem Vindicationen, die heute noch durch ad exh. actio vorbereitet werden sollen (l. 1. l. 3. §. 3. sqq. eod.). In unseren Quellen aber ist diese Klage jedenfalls anderen Zwecken dienstbar geworden. So nothwendig und alltäglich sie übrigens auch jetzt in den Augen Ulpians war (l. 1. eod.), so wenig scheint sie bei uns in Uebung, so wenig also nothwendig, oder als nothwendig oder gut begriffen zu sein. Zwar einige Fälle stehen fest, in denen sie heute noch offenbar nothwendig ist; es sind dieselben Fälle, in denen sie, wie Donellus (a. a. O. §. 13.) bemerkt, ein noch nicht vorhandenes Klagrecht herbeiführen muß (l. 6 — l. 7. §. 2.; l. 3. §. 6. eod.); allein diese Fälle sind selten, und stunden auch bei den Römern nicht voran. Ob und inwiefern dagegen vorgängige Exhibition zur Ausübung desjenigen Klagrechts, welches bereits existirt, nothwendig, oder auch nur nützlich sei, scheint uns keineswegs so festzustehen, als es mancherorts den Anschein hat. Unter anderem denkt man an die Nothwendigkeit der designatio rei (l. 6. D. r. v. 6, 1. vgl. Vangerow §. 707. Anm. II. 1. Glück, Comm. XI. §. 741. S. 181. a.); allein ist dieselbe Kennzeichnung der Sache wie etwa zur rei vindicatio nicht zur actio ad exhibendum selbst

nothwendig? [*l. 3. pr. h. t.* Donellus a. a. O. §. 10. Zu der Abweichung in *l. 3.* §. 7. vgl. denselben §. 12.]; oder ist nicht wenigstens heutzutage zur Kennzeichnung in der actio ad exhibendum unumgänglich nothwendig, was z. B. zu der in rei vindicatione genügt? Donellus (a. a. O. §. 10.) begnügt sich mit bloßer Nützlichkeit, und findet diese darin, daß Qualität und Quantität des Gegenstandes durch die Exhibition festgestellt werde. Eine eigene Klage um eines unsicheren Vortheiles in einer anderen Klage willen! leicht wird der Nachtheil, den man in der zweiten Klage vermeiden will, schon in der ersten eintreten.

Das Interesse, ohne welches — worin es nun immer liegen möge — die Klage nicht möglich ist (l. 3. §. 9. eod. l. 7. §. 7.), hat seine Grundlage jedenfalls in einer anderweitigen Klage — in einer dinglichen, possessorischen und ehemals in einer Noxalklage (l. 3. §. 3. — §. 8. eod.). Der beste Beleg hiefür liegt darin, daß wenn ausnahmsweise Exhibition einer Sache bewirkt werden soll, die man klagbar weder vor noch nach der Exhibition ansprechen könnte, in factum actio nothwendig wird (l. 3. §. 14. eod. vgl. l. 19. eod.). — Zur Condemnation ist nicht einmal possessio, und doch nicht blos possessio, sondern facultas exhibendi, restituendi (l. 5. pr. §. 6. eod.) wenn auch nur zur Zeit der Condemnation nothwendig (l. 7. §. 4. — §. 6. eod.). Dolose Besitzentschlagung ersetzt den Besitz (l. 8. l. 9. pr. §. 2. §. 4. eod.). — In ihrem Ausgang überschreitet unsere Klage zuweilen die Grenzen ihrer Definition, indem sie nicht nur Exhibition, sondern Restitution, und zwar sammt causa rei mit sich führt (l. 5. §. 6. l. 7. §. 4. §. 6. §. 7; l. 9. §. 7. §. 8. eod.), also die anderweite Klage nicht blos vorbereitet, sondern erlediget. Ohne entsprechendes Klagformular können wir uns das für den classischen Prozeß nicht denken; mancher Ausdruck in den angeführten Stellen weist auch auf ein solches hin [z. B. *l. 7. §. 4: — debere condemnari nisi restituat*]. Daß aber jede actio ad exhibendum mit dem „nisi restituat" versehen war, möchten wir ebensowenig annehmen, wie daß jede die Sache ein für allemal erledigte. Wie z. B. einmal facultas exhibendi, ein andermal facultas restituendi gefordert wird (l. 5. pr. §. 6 eod.), möchten die Formeln ein-

mal „ni exhibeat", ein andermal „ni restituat" gelautet, also zweierlei Formulare für zweierlei Classen von Fällen bestanden haben. Vielleicht daß hierher der Gegensatz in l. 9. §. 5. eod gehört: quamvis non de restituendo sed de exhibendo agatur. Fast möchten wir aber auch die weitere Behauptung aufstellen, daß die beiden Formulare auch in der Intentio auseinandergegangen seien, dergestalt, daß das blos exhibitorische auf Klägers Interesse zur Sache (l. 3. §. 9. eod.), das restitutorische auf das Factum der die Restitution bedingenden Sachlage (z. B. auf das Factum der Verbindung meiner mit des Beklagten Sache rc.) gelautet habe: je nachdem nämlich Beklagter blos diese Thatsache, oder das Recht des Klägers zur Sache (Legitimation) bestritt. Immerhin fragt sich, wann denn actio ad exhibendum Restitution mitinbegriffen habe; mit obiger Hypothese kommen wir aber so ziemlich auf die gewöhnliche Antwort hinaus (Glück, a. a. O. S. 187. II. Vang. a. a. O. III. Puchta, P. §. 397.). Wo sich die actio ad exhibendum zur Restitutionsklage gestaltet, liegt ihre Zweckmäßigkeit zu Tage; in dieser Gestalt empfiehlt sie sich auch unserer heutigen Praxis. — Nur wenn die Klage auf Restitution geht, scheinen uns Gegenansprüche erheblich (l. 5. §. 4. eod.); nur wenn auf Exhibition, bloße Bescheinigung (des Interesse — l. 3. §. 3. eod.) genügend.

β. Vertragsforderungen.

§. 110.

Den Quasi= und damit den Realcontracten stehen Mandat und Societät immer noch näher als Kauf und Verkauf, Pacht und Miethe, sowie diejenigen ungenannten und namenlosen Fälle, in denen heutzutage noch außerdem wirksam durch bloßen Consens contrahirt wird.

1. **Mandatsobligationen.** Von den mehreren und verschiedenen Obligationen, welche zufolge Mandats entstehen können, müssen wir die Eine mandati obligatio (den Mandatscontract) unterscheiden, welche durch Ertheilung und Annahme des Mandats contrahirt wird (l. 1. pr. l. 2. pr. D. mandati 17, 1.).

„Mandat" heißt aber ein Auftrag zur Besorgung eines Geschäftes, eines gemeinen oder eines Rechtsgeschäftes (z. B. l. 16. l. 12. §. 17; l. 5. §. 3. eod.), eines einzelnen Geschäftes oder ganzer Geschäftscomplexe („Generalmandat" l. 6. §. 1. §. 6. l. 60. §. 2. §. 4. eod.): — wenn nur nicht ausschließlich des Mandatars eigenes Geschäft aufgetragen wird; es wäre denn, daß es dieser außerdem nicht vornähme (l. 5. §. 5. l. 32. eod.). Worauf nun unsere Eine mandati obligatio gehe, davon später: genug, daß sie an und für sich noch keine klagbare Verpflichtung oder Schuld weder diesseits, noch jenseits erzeugt. Erst wenn das verlangte Geschäft wirklich geführt wird, oder dadurch, daß es nicht geführt wird, und etwas darüber zu Grunde geht (l. 8. §. 6. eod.), kann es zu klagbaren Forderungen: — [auf Rechnungslegung *(l. 46. §. 4. D. procur. 3, 3.)*, Heraus- oder Zurückgabe dessen, was in Folge des Mandats an den Mandatar gekommen ist *(l. 20. pr. l. 8. §. 9. §. 10. l. 10. §. 2. §. 3. §. 8. D. h. t.)*, auf Ersatz alles Schadens aus jeglicher Verschuldung im Geschäft *(l. 13. C. h. t. 4, 35.)* oder durch Versäumung des Geschäftes *(l. 22. §. 11. l. 27. §. 2. l. 8. §. 6. §. 2. D. eod.)*; anderseits aber auch auf Schadloshaltung, nicht etwa für die Mühewaltung *(l. 1. §. 4. eod.*; s. jedoch *l. 6. pr. l. 7. eod.)*, sondern für Auslagen *(„abesse" l. 26. §. 2. l. 12. §. 7—§. 9. l. 26. §. 6—8.)*] — zu mandati obligationes im Gegensatze zur mandati obligatio kommen; mandati obligatio an und für sich ist unverfolgbar; es kann z. B. nicht auf Ausrichtung des Geschäftes geklagt werden (arg. l. 17. eod.). Weil mandati obligatio an und für sich klaglos ist, wird sie nicht selten überhaupt erfolglos bleiben; überall dann nämlich, wenn nichts Klagewirkendes hinzukommt; wie das besonders leicht beim Creditmandate geschieht, wenn der Mandatar das fragliche Darlehen nun doch nicht hergibt. Die wirklich verfolgbaren Mandatsobligationen scheinen demnach keine reinen Vertrags- oder Consensual-Obligationen zu sein. So weit sie zufolge Geschäftsführung entspringen, stoßen wir selbst hier noch auf eine realcontractliche Unterlage. Aber die Quellen wollen sie schlechthin auf den Mandatscontract zurückgeführt wissen: l. 6. §. 1. eod. Ulpian. Si cui fuerat mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus. Nec recte ne-

gotiorum gestorum cum eo agetur; nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit; denique tenetur etsi non gessisset; — sie wollen, daß wir nicht etwa im gestum die Grundlage, und im Mandatscontracte etwas Beigehendes, sondern daß wir umgekehrt im Mandatscontracte die Grundlage, und in dem gestum mit seinen Möglichkeiten die weiteren Bedingungen der Mandatsobligationen erblicken. Denn unmöglich können sie sagen wollen, daß das gestum nichts, die Mandatsübernahme alles sei. Aber auch das können wir uns nicht nehmen lassen, daß Geschäftsführung an und für sich, ohne Mandat, wirksam zu obligiren vermöge, während der Mandatscontract an und für sich nicht wirksam bindet. Wenn nun die Geschäftsführung, welche für sich allein obligiren könnte, mit dem Mandatscontracte, der für sich allein nicht (klagbar) obligirt, in Verbindung tritt, wie kommt es, daß jetzt die obligirende Kraft in den Mandatscontract verlegt wird? Man wird sagen: mandatshalber kann oft noch geklagt werden, wo negotiorum gestorum actio nicht mehr anginge; z. B. n. g. actio contraria, wenn kein nothwendiges Geschäft ausgerichtet würde [*arg. l. 10. §. 10. eod. ... citra mandatum ..*]; also müsse das Mandat die causa obligationis sein. Indessen fanden wir, daß schon die Ratihabition aus dem fremden Geschäft ein eigenes, und sogar aus dem unnützen gewissermassen ein nothwendiges macht (S. 449.); dieselbe Kraft wohnt dem Mandat inne, so daß wir selbst in dem Falle, wo der Auftrag zu einem nachtheiligen Geschäft erginge, den Grund der Verpflichtung noch immer in die Thatsache der Geschäftsführung, und nur den Umstand, daß das rechte Geschäft geführt ist, in das Mandat verlegen können. So läßt sich auch der Satz, daß ein Mandat aliena gratia contrahirt wird (l. 2. pr. eod.), darauf zurückführen, daß das Mandat die fremde Sache zur eigenen macht. Aber Ulpian wird doch wohl auch seine Gründe gehabt haben, wenn er die Verpflichtung so bestimmt in das Mandat verlegte. Verstehen wir ihn recht, so denkt er, daß die Partcien alles, wozu sie in der Folge verpflichtet werden können, in Ertheilung und Annahme des Mandates versprochen hätten, und daß es, nachdem durch dieses Versprechen der Grund zu diesen künftigen

Obligationen einmal gelegt sei, eines weiteren Verpflichtungsgrundes nicht mehr bedürfe [vgl. *Ulp. l. 1. §. 13. D. depos. 16, 3. — Si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis? Et magis probat (Pomponius), mandati esse actionem, quia hic est primus contractus l. 32. D. h. t. Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et hoc mandatum intercessisset* —]. Hiegegen scheint nichts mehr erinnert werden zu können.

Um aber der römischen Auffassung näher zu kommen, haben wir noch zu bemerken, daß das Uebereinkommen, worauf Ulpian die Obligationen des Mandanten und Mandatars zurückführt, nicht Eins ist mit dem Consense, der in der Aufforderung zur Uebernahme des Geschäftes und deren Zusage besteht. Denn dieser Consens ist und bewirkt unseres Erachtens keine obligatio. Wir schließen dies aus dem ein- und beiderseitigen Kündigungsrechte (l. 22. §. 11; l. 12. §. 16. D. h. t.), indem nicht erhellt, wie eine obligatio, von der man sich einseitig entbinden kann, in Wahrheit binden oder eine Obligation sein könne. Aber neben diesem unverbindlichen Consense geht ein gegenseitiges, stillschweigendes oder ausdrückliches anderes Versprechen her; das Versprechen wechselseitiger Schadloshaltung, sowie der Ablieferung dessen, was an den Mandanten hinaustrifft oder hinausgehört [ausdrücklich besonders gern auf Seite des Mandanten *l. 59. §. 5. eod. — indemnem rationem tuam me esse . . . praestiturum — l. 60. §. 1. — id me mea fide esse jussisse, salvum te habiturum. l. 62. §. 1; l. 32. eod. — quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset* —], und diese Uebereinkunft ist verbindlich, ein Contract, — in ihr besteht unsere mandati obligatio, auf sie führt Ulpian sämmtliche Mandatsobligationen zurück. Nur darf nicht vergessen werden, daß sie stillschweigend bedingt ist; Schadloshaltung, Ablieferung wird versprochen, wenn es zu dem aufgetragenen Geschäfte und in Folge davon zu Auslagen, Schaden, Einnahmen — oder wenn es zu Verlusten durch Versäumung des aufgetragenen Geschäftes kommt. Darnach erklärt sich leicht, daß der Mandatscontract „an und für sich" (ohne den Eintritt seiner Bedingungen) keine Wirkung habe.

Ertheilung und Annahme des Mandats sind nicht bindend, sondern währen nur so lange, als der Wille und die Willkür, oder auch das Zutrauen und die Freundschaft (l. 1. §. 4. D. h. t.), woraus sie entspringen. Also setzt ihnen der Tod eine Grenze [*Mandatum .. domini morte finitur: l. 15. C. h. t. Morte quoque ejus, cui mandatum est . . . solvitur mandatum — l. 27. §. 3. D. h. t.*], wenn nicht zuvor schon gekündiget worden. Darnach sollte man denken, daß ein Mandat zu Geschäften nach dem Tode des Mandanten gar nicht möglich sei; doch ist dem nicht also [*l. 12. §. 17. l. 13. eod. l. ult. D. solut. 46, 3,* wo Cujacius liest: *cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur*]; ein solcher Wille scheint gleich einem letztwilligen geachtet zu werden. Mit dem Mandat geht auch mandati obligatio zurück; denn nunmehr ist der Eintritt ihrer Bedingungen, Ausrichtung oder Versäumung „aufgetragener" Geschäfte unmöglich gemacht worden. Kündigt oder stirbt der Mandant, so kann also der Mandatar keine Mandatsforderung mehr erwerben, mag er der Geschäfte sich noch so sehr befleißen, und Auslagen oder Schulden um ihretwillen machen. Desgleichen ist die Vollmacht erloschen, welche im Mandate mitenthalten war, wenn er ihrer zur Ausrichtung des Geschäftes bedurfte. Beides setzt aber voraus, daß er um Tod oder Kündigung weiß; sonst ist das Mandat erloschen, mandati obligatio dagegen — unlogisch, aber billig — annoch von Bestand [*l. 26. pr. h. t.. — solvi mandatum: sed obligationem aliquando durare. §. 1. l. 58. pr. eod.*]. Nicht minder ist aber auch für den Mandanten, oder seine Erben, die Quelle weiterer Mandatsforderungen versiegt (l. 12. §. 16. eod.); es wäre denn, daß nicht mehr „res integra" vorläge, das Geschäft ohne Nachtheil keine Unterbrechung, oder keinen Aufschub mehr litte; hier würde billigerweise wieder obligatio mandati durare, und den Mandatar haftbar machen, wie wenn das Mandat bestünde; dann freilich auch die Erben des Mandanten in mandati actionem contrariam vonwegen der Auslagen verstricken. Dieser Zwiespalt zwischen Mandat und mandati obligatio directa ist nur durch den Tod des Mandanten möglich (vgl. l. 15. C. h. t.). Kündiget oder stirbt der Mandatar, so muß abermals „res integra" sein, wenn mandati obligatio nicht fortdauern soll, für ihn selbst,

seine Erben, dann aber auch für den Mandanten (l. 12. §. 16. l. 27. §. 3. D. h. t.). — Nur mandati obligatio kann mit dem Mandate zurückgehen; die schon vorher entstandenen Mandatsobligationen unterliegen blos den gemeinen modis tollendi obligationem, also weder der Kündigung noch dem Tod.

§. 111.

2. Gesellschaftsforderungen entspringen in ähnlicher Weise aus dem Societätscontract, wie die Mandatsobligationen aus dem Mandatscontrat. Und wie dieser in Ertheilung und Annahme des Mandates liegt, scheinbar eins mit ihnen, und doch verschieden, so liegt auch der Societätscontract in Eingehung der Societät, ohne diese selbst zu sein.

Es ist aber die Societät eine Verbindung Mehrerer zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes. Auf den ersten Blick ist diese Verbindung eine Verbindung der Personen; näher betrachtet eine Verbindung ihrer Mittel oder Kräfte; diese sind es, wodurch der gemeinschaftliche Zweck erreicht werden soll. — Als eine Verbindung von Mitteln [*„collatio“ l. 58. §. 1. D. pro socio 17, 2.*] steht die Societät einzig da: gegenüber allen andern Contracten, da alle anderen Contracte vielmehr auf einen Austausch, oder doch Umsatz von Leistungen, als auf deren Verbindung gehen; — gegenüber der communicatio, die ja gleichfalls ein bloßer Umsatz (einer pars) und also Schenkung sein kann, während die Societät, weil Verbindung, nicht Schenkung sein kann (l. 5. §. 2. eod.); so versteht sich, daß communicatio zuweilen erst als Folge der bereits aufgelösten Societät eintritt [*l. 74. eod. Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis judicio cogitur rem communicare*]. — Der gemeinsame Zweck (Societätszweck) ist in der einfachsten seiner Erscheinungen (societas unius rei l. 5. pr. eod.) entweder ein gemeinschaftliches Haben (res communis, rerum communio), oder ein gemeinsames Thun (commune negotium l. 52. pr. l. 67. §. 2. eod.) [*l. 58. pr. eod. — non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur —; l. 52. pr. eod. — ut quasi commune*

negotium gereretur — vgl. *l. 52. §. 11. l. 44. l. 65. §. 2. §. 10. eod.* — die Jhering'sche Construction der Girobank also von bedenklicher Unterlage. Jahrb. f. d. Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privr. I. S. 46. Anm. 17.]. Beides, res communis und negotium commune, können sich im einzelnen Falle verbinden [z. B. *l. 52. §. 13. eod.* — ***si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda*** —]; am mannigfaltigsten geschieht dies in der societas omnium bonorum, in welcher alle Geschäfte des Einen (ausgenommen die verbotenen l. 59. §. 1. eod., geschweige denn die Delicte) zugleich Geschäfte des Anderen [*arg. l. 73. eod.* — ***ut quidquid erogaretur . . . communis lucri atque impendii esset*** —], darum auch alle während der Societät nur nicht „ob maleficium" des Einen contrahirten Schulden Gemeinschulden (l. 27. l. 52. §. 18. eod.) — und alle Güter (res), körperliche und unkörperliche, namentlich auch quae in nominibus sunt (l. 3. pr. eod.), „erbende" wie „erwerbende", gegenwärtige und künftige, soweit sie nicht aus unerlaubtem Erwerbe stammen, Gemeingut sind (l. 1. §. 1. — l. 3. §. 1. l. 52. §. 8. §. 16. l. 57. l. 73; l. 53. — l. 55. eod.). Die societas negotiationis alicujus (z. B. l. 52. §. 4. §. 5. l. 71. eod.) und die s. quaestus (omnium quae in quaestum veniunt — l. 7. — l. 13. eod.) gehen nicht auf gemeinschaftliches Haben, sondern auf gemeinschaftlichen Erwerb (Erwerbsgesellschaften), aber beide, namentlich auch die s. quaestus, nur auf Erwerb aus Thätigkeit (ex opera l. 8. eod.), man kann also allgemeiner wohl sagen: nur auf gemeinsames Thun, communia negotia. Ueberall nun zwar ist der Societätszweck ein gemeinsamer aller Genossen, aber nicht in dieser Gemeinsamkeit liegt das Sociale der Societät. Denn die Gemeinsamkeit des Zweckes beschränkt sich in den mehreren Fällen darauf, daß die Genossen „gleichen" Zweck haben, und daß sie ihn mit verbundenen Kräften verfolgen, während der Einzelne nur seinen eigenen Vortheil, das Gegentheil des Gemeinsamen sucht. Freilich kann der Societätszweck auch Gemeinzweck in einem eigentlicheren Sinne des Wortes sein: Beförderung der Gemeinschaft unter den Genossen selbst [der Bruderschaft, Ehe u. s. f. besonders bei ***s. univ. bon.*** *l. 52. §. 8. eod.* — ***si inter fra-***

tres voluntarium „consortium" initum fuerit. — Ist *Favia* in *l. 4. C. h. t.* 4, 37. vielleicht die Ehefrau?], oder unter Anderen. — Je nach dem Zwecke sind auch die Mittel oder Beiträge verschieden, — nicht nur Geld und Gut, sondern auch Arbeit und Fähigkeit (z. B. l. 71. pr. l. 44. l. 52. §. 2. §. 7 eod.). Was die zu gemeinschaftlichem Geschäfte nöthigen Sachen anlangt, so können sie sofort mit Eingehung der S. zusammengebracht werden [*l. 4. eod. Societatem coire et re . . . posse nos* —], aber auch in Ausstand bleiben (z. B. l. 52. §. 10 eod.). Was hier wirklich eingebracht wird, ist darum noch nicht res communis, und braucht es auch nicht zu werden; genug, daß es dem gemeinschaftlichen Zwecke dient [*arg. l. 58. §. 1. — si pecuniam contulissemus — et mea pecunia periisset* — s. g. *societas quoad usum*]. Hier also wäre collatio noch nicht communicatio. Anders bei der S. zu gemeinschaftlichem Haben. Denn gemeinschaftliches Haben ist — an Sachen — nur entweder als compossessio oder als condominium denkbar, mithin ohne possessionis oder rei communicatio nicht möglich. Die s. univ. bonorum nun geht so wesentlich auf rerum communio (Miteigenthum), daß „omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur, quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire" (l. 1. §. 1. l. 2. eod.). Die s. unius rei; wofern sie gemeinschaftliches Haben bezweckt, finden wir nirgends ohne rei communicatio [z. B. *l. 58 pr. in fin. — eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes etc. l. 39. l. 52. §. 13. eod.*], wiewohl sich denken läßt, daß sie sich auch einmal auf bloße Gemeinschaft des Besitzes beschränke. An Forderungen ist Theilung, Gemeinschaft dagegen nur mittelbar möglich [*l. 3 pr. Ea vero quae in nominibus sunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestari debent*]. — Jeder Verlust oder Schade, der an Societätsmitteln eintritt, mag damnum heißen; gleichviel ob dieselben an und für sich [körperlich: *l. 52. §. 4. l. 58. pr. §. 1. eod.*], oder erst in Vergleichung zu ihrem Zweck [im Erfolg z. B. *l. 67. pr. eod.*, besonders durch unglückliche Speculation bei Erwerbsgesellschaften, wo der Schade gern *impendium, dispendium* — umlaufendes Kapital, das hineingesteckt wird, ohne wieder herauszukommen — heißt: *l. 71. §. 1. l. 73. eod.*] verloren

gehen oder Schaden leiden. Allein nicht jeder Schade, wenn er gleich an Gesellschaftsmitteln (Gesellschaftsgut) eintritt, ist sofort auch Gesellschaftsschade [*l. 58. §. 1. eod. — non societati periit*]; sondern nur derjenige, der nicht durch Verschuldung des einen oder anderen Genossen eingetreten ist [*l. 52. §. 4. eod. — damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit*]; der durch Verschuldung des einen oder anderen Genossen kommt ganz auf des letzteren Rechnung (l. 52. §. 8. l. 47. §. 1. l. 72. eod. §. ult. J. h. t.). Ferner ist eine Sache nicht etwa schon dadurch, daß sie für die Societät bestimmt wird, Gesellschaftsgut, sondern erst durch Collation, und wo die S. auf gemeinschaftliches Haben geht, erst durch Communication; erst von jetzt an ist an ihr damnum commune möglich (l. 58. pr. §. 1. eod.). Dann können nicht nur Sachen, sondern auch Arbeit und Mühe umsonst und verloren sein; allein „damnum" scheint dieser Nachtheil nicht zu heißen (arg. l. 29. §. 1. eod.). Ist also davon die Rede, daß Einer das damnum (ohne Verschuldung) allein zu tragen habe, so sind damit nicht — wie man überall anzunehmen scheint — alle Nachtheile, sondern nur die zufolge der Societät eingetretenen Vermögensverluste gemeint; Genossen, die blos mit persönlichen Leistungen eintreten, tragen an dem Mißgeschick der S. dadurch mit, daß ihnen mit dem Gewinne der Lohn für ihre Arbeit entgeht; daß ihnen auch noch der Verlust des von den Uebrigen eingebrachten Vermögens mit zur Last falle, wird seltener vorkommen [vgl. §. 2. *J. h. t.* Doch siehe *l. 52. §. 7. eod. — pecuniam . . . reciperet* —]. Fassen wir also damnum nur in einem weiteren Sinne des Wortes, so gibt es auch ohne Gemeinschaftlichkeit der Gefahr (communio damni) keine Societät; aber auch der Gewinn (lucrum) — von dem vorzugsweise bei Erwerbsgesellschaften, überall aber erst nach Ergänzung und Rückerstattung der Einlagen (l. 30. eod. vgl. Vang. §. 651. Anm. 2. Nr. 2. „von selbst versteht sich ꝛc.") die Rede sein kann — ist gemeinschaftlich (l. 29. §. 2. l. 67. pr. in f. l. 52. §. 4. in f. eod.); eine leonina societas wäre keine Societät (l. 29. §. 2. eod.). — Außer der Gemeinschaft (in Zweck und Mitteln) möchte nun weiterhin Gleichheit als wesentlich erscheinen; Gleichheit nämlich in Schaden und Gewinn; natürlich nicht der Ziffer, sondern

der Einlage nach (l. 6. l. 29. pr. in fin. l. 80. eod.); so daß wohl auch „alia lucri, alia damni pars“ noch als Gleichheit erscheinen (l. 30. eod.), und wie viel des Einen oder des Andern Einlage werth sei, vor allem durch das Dafürhalten der Genossen bestimmt werden möchte (l. 29. pr. Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat . . .). Und in der That herrscht in der S. das Gesetz der Gleichheit. Wollen ungleiche Theile festgesetzt werden, so müssen ungleiche Einlagen da sein [*l. 29. pr. eod. — si modo aliquid plus contulit* —]; es ist schwer zu begreifen, wie dann, wenn keine Theile festgesetzt werden, schlechthin gleiche Theile platzgreifen (Vangerow §. 655. Anm. u. die dort Agff.), also derjenige, welcher 100 einsetzt, nicht mehr, weder wagen noch gewinnen, soll, als derjenige, welcher lediglich 1 beiträgt. Wir erklären l. 29. pr. ab init. Gaj. III. 150. §. 1. J. h. t. aus Fällen, in denen nicht nur über partes lucri et damni, sondern auch über Collation nichts ausgemacht, also stillschweigend bedungen ist, daß Alle gleichmäßig beisteuern müssen. Hier müssen partes lucri et damni von selbst gleich ausfallen. Wird dagegen ein bestimmter „Einsatz“ ausgemacht, so scheint uns damit eben so sehr von selbst gesagt, daß zu denselben Theilen gewagt und gewonnen werden wolle. Oder soll der Richter in einem solchen Falle anders constituiren, als ein hiezu bestimmter Privatmann zu constituiren hätte (l. 6. l. 76. — 80. eod.)? und aussprechen, daß etwa der Viertelspartner an einem Viergespann nach dem Verluste eines Pferdes (l. 58 pr. eod.) nicht mehr Viertels-, sondern Achtelspartner sei? — So sind wir der Ueberzeugung, daß Gleichheit, und zwar eine (den Einlagen) gerechte, darum billige Gleichheit (aequitas) zum Wesen der Societät gehöre. Das Sociale der Societät läge demnach bis jetzt nicht nur in der Verbindung oder Gemeinschaft der Mittel (collatio, communicatio), sondern auch in der Gemeinschaft und Gleichheit von Verlust und Gewinn (communio damni, lucri, ex aequis partibus). Aber es läßt sich noch fragen, ob die Gemeinschaft und Gleichheit in Verlust und Gewinn nicht schon in der der Mittel liegt? Sind irgendwelche Mittel zwischen Mehreren gemeinsam, wenn sie dem Einen blos Schaden, und nur dem Anderen Gewinn bringen könnten? Und wenn man mit ungleichen Mitteln zusammentritt, also die Gemeinschaft der

Mittel nun einmal von ungleichen Theilen ist, was sollte das Recht bewegen, die Gemeinschaft des Verlustes und des Gewinnes gleich zu machen? Verlust und Gewinn hängen von Natur aus an den Mitteln; an mehr Mitteln mehr Schaden, aber auch mehr Gewinn; sind die Mittel, woran Verlust oder Gewinn hängt, Mehrerer, so muß er Alle treffen, und Jeden um so mehr, je mehr er an den Mitteln Theil hat. Jede andere Vertheilung von Verlust und Gewinn wäre Willkür und Ungleichheit (iniquitas l. 29. §. 2. in fin. eod.). Bei bloßer rerum (sine societate) communio vertheilt sich Gewinn und Schade „pro parte" [*l. 22. D. comm. div. 10, 3. l. 4. C. comm. utriusq. jud. tem fam. erbisc. quam comm. div. 3, 38. — pro competentium portionum modo* —]; warum bei der communio cum societate einen anderen Maßstab?

Diese Gemeinschaft und Gleichheit, aus ihrer äußeren Erscheinung und Verwirklichung in die Seele der Genossen versetzt, ist der „Geist" der Societät (animus, affectio societatis — l. 37. l. 44. D. h. t.). Ihm steht ferne, wer bei gemeinschaftlichem Unternehmen ein Bestimmtes vorwegnimmt, nicht etwa aus Rücksicht auf den besonderen Werth seines Einsatzes (wie in l. 52. §. 7, vielleicht auch in l. 44. eod.), sondern darum, weil er keine Rücksicht nimmt — auf die Leistungen des Anderen nämlich [*l. 13. pr. D. praescr. v. 19, 5. — qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*]. Hier ist denn auch kein wahrhaft gemeinschaftliches Unternehmen; vielmehr ein Austausch von Leistungen als eine Verbindung, und also keine Societät da. So finden wir denn in der Societät eine Verbindung, welche dies nicht nur äußerlich (res communis, commune negotium), sondern zugleich innerlich (animus societatis) ist. Und zwar ist die S. ebenso wesentlich eine innere, als eine äußere Verbindung; ja das Aeußere dieser Verbindung (res communis, commune negotium) muß aus ihrem Inneren (animus s.) entspringen, wenn eine S. da sein soll. Das Aeußere dieser Verbindung kann ohne Wissen und Wollen der Verbundenen entstehen (s. g. communio incidens; l. 31. eod.) und gleichheitlich durch das Recht geregelt werden; erst wenn es aus dem Willen der Verbundenen sein Dasein, und aus ihm die Regel der Gleichheit hat, ist eine Societät da [*l. 31. — l. 34 eod.*

l. 2. D. comm. div. 10, 3. „— cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit —“ l. 44. D. h. t. „— animo contrahendae societatis —“].

So viel von der Societät überhaupt. Ihre Eingehung [*„societatem coire“ l. 1. l. 3. §. 1. §. 3. l. 4. l. 5. §. 1. l. 6. etc.*] liegt in der gemeinschaftlichen Bestimmung des Zweckes wozu, nöthigenfalls auch der Mittel womit man sich verbunden haben will; bei der S. zu gemeinschaftlichem Haben aber nicht in diesem bloßen Consense, sondern in Communication (re). Hinzukommen kann eine Feststellung der Antheile an Verlust und Gewinn (l. 6 — l. 8. l. 29. l. 30. eod. §. 1. J. h. t.), Vertheilung der Geschäfte, Aufstellung eines Geschäftsführers [*„— per alium societatem administrare, vel socio committere“ l. 16. pr. eod.*] u. dgl. m. Mit ihr ist aber wesentlich, wenngleich meistens nur stillschweigend, verknüpft ein gegenseitiges Versprechen: nicht etwa, in der Societät bleiben, oder sie zum Ziele führen, [*l. 14. eod. — si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? etc.* —] oder sich gegenseitig, Jeder dem Andern, den treffenden Theil zum Theil prästiren zu wollen [*l. 65. §. 14. eod. — cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit* —]; — sondern das Versprechen, daß Einer dem Andern am Ende der Societät (arg. l. 65. §. 15. pr.) erstatten werde: den Erwerb und Gewinn, den dieser unter, jener über seinem Antheil, sowie den Verlust, den dieser über, jener unter seinem Antheil aus der S. haben würde, und endlich den Verlust, den dieser nicht sowohl aus der Societät als durch die Verschuldung des Andern haben würde [*l. 65. §. 3. — commodum communicare cogetur actione pro socio — l. 52. §. 3. — commune damnum est, — — et pro socio erit actio — §. 2. Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare oporteat? — l. 60. §. 1. eod. — impensam consecuturum pro s. actione* —]. Dieses Versprechen ist der Societätscontract [*l. 5. pr. eod. Societates contrahuntur — §. 1. J. de consensu oblig. 3, 22. — consensu dicitur obligatio contrahi — etc.*]. Dieses Versprechen wurde mitunter stipulirt, novirt, so daß es zu keiner actio pro socio (Societätsforderung), sondern nur mehr zu Stipulationsschulden kommen konnte [*l. 71. pr. — si quidem pacto convento de societate inter eos facto ita stipulati essent: „haec ita dari fieri spondes?“ futurum fuisse, ut si nova-*

tionis causa id fecissent, pro socio agi non possit —]; ein deutlicher Beweis, daß das Societätsversprechen von der Societätseingehung, von welcher es abgelöst werden konnte, unterschieden werden muß. Das Societätsversprechen, oder der Societätscontract ist bindend; die Eingehung der Societät ist nicht bindend [*arg. l. 14. l. 65.* §. *3.* §. *4. eod.*]. Der Societätscontract ist aber ein contractus incertus; bei seinem Abschluß also noch ungewiß, ob und wer dereinst und zuletzt als Gläubiger oder Schuldner dastehen werde, und zu welchem Betrage. Zwar sind Communicationen und Prästationen von einseitigem Vortheil, Nachtheil, Verschulden, versprochen, aber nur insoferne durch Einnahmen, Auslagen, Saumsal u. s. f. derlei Ungleichheiten wirklich entstanden sein sollten. Da diese nicht anders als über einer res communis oder einem commune (mithin auch alienum) negotium entstehen [*„quod ex . . gesto pendet“ l. 65.* §. *9. eod.*], wäre auch hier wie beim Mandat selbst ohne Versprechen Grund zu Obligationen; aber auch hier werden sie auf das Versprechen zurückgeführt. Dieses ist bindend für den Fall daß es zufolge der Societät zu Ungleichheiten oder zu Schaden durch einseitige Verschuldung kommt; zu der einseitigen Verschuldung gehören auch die Nachtheile der unzeitigen Kündung (l. 14 — l. 17. §. 1. §. 2. l. 65. §. 3 — §. 8. eod.); woraus man aber nicht folgern darf, daß die Eingehung der S. selbst bindend sei.

Die Auflösung der Societät [*ex personis: l. 63.* §. *ult. l. 65.* §. *2.* §. *9. l. 35 — l. 37. l. 52.* §. *9. eod.* §. *5. J. h. t.; l. 59. pr.; l. 58.* §. *2; l. 65.* §. *1.* §. *12. l. 4.* §. *1 eod.; — ex rebus: l. 63.* §. *ult. l. 65.* §. *10. eod.; — ex voluntate: l. 63.* §. *ult. l. 64. eod.* §. *4. J. h. t. l. 65.* §. *3.* — §. *8. l. 14 — l. 17. eod.; — ex actione: l. 63.* §. *ult. l. 65. pr. eod.*] ist von der der Societätsschulden nicht minder verschieden, als die Eingehung der Societät vom Societätscontract (l. 65. §. 10. l. 35. l. 36. eod.). Wir müssen in der Auflösung der S. das Widerspiel ihrer Eingehung denken. So scheint eine S., welche re geeinigt wird, auch nur durch Theilung der res communis gelöst werden zu können; allein zur Eingehung der S. gehört überall auch ein gewisser animus, so daß von hier aus eine Auflösung (morte, voluntate) der So-

cietät trotz Fortdauer der äußeren Verbindung wohl möglich ist. Ist die Societät eine Geschäftsverbindung, so liegt in der Eingehung der S. die Willenserklärung, daß die betreffenden Geschäfte zugleich eigene und fremde (der anderen Genossen) sein sollen, und wirklich werden sie durch diese Erklärung gemeinsame, eigene und fremde Geschäfte zugleich (S. 449.). Dieser Wille, wenngleich allseitig und übereinstimmend ausgesprochen, ist nichtsdestoweniger einseitig, und geht denn auch gleich dem Mandate [vgl. *l. 65. §. 10. eod. „— ut in mandato —“*] selbst durch einseitige Gegenerklärung (renunciatio) und Tod zurück, so daß von nun an das Geschäft kein Geschäft des Austretenden oder seiner Erben mehr ist. Daß aber die noch übrigen Genossen das Geschäft nunmehr zu größeren Theilen auf sich nehmen, die Societät also nicht blos fortsetzen (was in der bisherigen Weise unmöglich ist), sondern neu constituirt haben wollen, ist nicht zu vermuthen (§. 5. J. h. t. cf. l. 37. l. 59. pr. eod.). Die bisherige Societät löst sich durch den Ausfall auch nur eines Genossen nothwendig. — Mit der Societät hört die Möglichkeit weiterer Societätsschulden auf. Unfehlbar dann, wenn res communis zu Grunde geht, oder commune negotium vollbracht oder unmöglich ist. Sonst sind bei der S. zu gemeinschaftlichem Haben noch Obligationen aus der allenfalls fortdauernden äußeren Verbindung, aber keine weitern Societätsforderungen mehr möglich; bei der zu gemeinsamen Geschäften hört die Gemeinsamkeit des Geschäftes, damit die Quelle weiterer Societätsforderungen auf. Unzeitige oder arglistige Kündigung aber löst die Gemeinsamkeit des Geschäftes nur auf, wenn dies den Uebrigbleibenden zum Vortheil gereicht [*l. 65. §. 3 — §. 6. eod. — socium a se non se a socio liberat —*]; der Tod nur dann, wenn er bekannt (l. 65. §. 10. eod.) und res integra ist (l. cit. l. 40. eod. vgl. oben das Mandat S. 467.).

Die Societätsforderungen werden mit der actio pro socio geltend gemacht: nicht so als ob Kläger den Betrag seines Guthabens überall vornherein nennen und beweisen müßte; unter Umständen (gegen den gerirenden Genossen) kann er auf Rechnungslegung (l. 9. pr. D. de ed. 2, 13.), und in Gemäßheit oder in Bestreitung derselben weiter klagen (vgl. Glück, Com. XV. §. 969. 1. Unterholzner, Schuldverh. II. §. 527. X.). Ohne

Auseinandersetzung des ganzen Societätsverhältnisses (Gesellschaftsrechnung) ist die Feststellung irgend einer Societätsschuld nicht denkbar; darum muß die actio pro socio jener Raum bieten. Dafür ist Feststellung der Societätsschuld aber auch die einzige Aufgabe dieses Judiciums; mit Theilung der „res ex societate communes“ muß und kann sie sich nicht befassen (l. 1. D. comm. div. l. 43. D. h. t. cf. l. 38. §. 1. eod.). Bevor die Societät zu Ende ist, kann die Gesellschaftsrechnung noch immer schwanken; darum ist auch vor dem Ende der S. die Feststellung einer Societätsschuld nicht möglich, und daher die Anstellung der Societätsklage, oder eine sonstige Feststellung (stipulatione) der Societätsschuld unter den Auflösungen der S. aufgeführt (l. 63. §. 10. l. 65. pr. eod.). Nur ausnahmsweise kommt eine actio pro socio auch während der S. vor (l. 65. §. 15. eod.). Sonst ist sie überall „generalis“ (l. 38. pr. eod.); die von Glück (a. a. O. Anm. 87.) angeführten Stellen (l. 52. §. 8. §. 13. eod.) beweisen das Gegentheil nicht. Selbst nach Auflösung der Societät kann sich die Schuldziffer noch ändern (l. 27. l. 28. eod.). Hierauf muß der Richter (weil eine zweite actio pro socio nicht anginge) durch Auflegung von Cautionen Bedacht nehmen (l. 38. pr. eod.).

§. 112.

Kaufs- und Verkaufsforderungen.

Kaufs- und Verkaufsforderungen (actiones emti et venditi — D. 19, 1. C. 4, 49.) setzen einen Kaufscontract voraus (D. de contrahenda emtione etc. 18, 1. C. 4, 38.).

Den **Kaufscontract** zerlegen wir in die Demonstratio, und in die Conventio.

Die „Demonstratio“ bedeutet hier zwar zunächst nur die Vorzeigung des Kaufsobjektes (l. 63. §. 1. l. 18. §. 1. D. c. e.), kann aber in Ermangelung eines anderen allgemeinen Ausdruckes auch von aller und jeder Bestimmung der Waare, so wie von der Angabe (indicatio — Plaut. Persa IV. 3.) oder dem Angebot des Preises gebraucht werden. Der Kaufcontract geht nämlich auf einen Austausch von Leistungen [*l. 1. pr. eod. — a permutationibus coepit* —]; auf eine Waare, die der Verkäufer,

auf einen Preis, den der Käufer leisten soll (l. 1. pr. §. 1. eod.). Durch den Preis unterscheidet er sich vom Tausch (l. cit. l. 1. pr. D. rer. permut. 19, 4. §. 2. J. h. t. 3, 23. Gaj. III. 141. bes. in fin. l. 1. C. rer. perm. 4, 64.), durch die Waare von locatio conductio (l. 20. l. 65. D. h. t., s. jedoch l. 22. §. 2. D. loc.) durch beides zusammen von beliebigen anderen auf Austausch gerichteten, ungenannten Contracten. Wie in dem Kaufen der Gedanke der Aneignung (emere), so liegt im Verkaufen der der Enteignung, des Weggebens [*venum dare — l. 80. §. ult. D. h. t. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emtorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus*; vgl. Unterh. Schuldverh. II. §. 428. III.]. Also kann alles gekauft und verkauft werden, was man einerseits „habere, possidere, persequi" (l. 34. §. 1. eod.), andererseits weggeben kann. Es sind das res [sowohl *incorporales* als *corporales; jura in re: l. 3. §. 2. l. 6. §. 5. D. a. e. v. 19, 1; l. 8. §. 2. D. per. et comm. 18, 6; l. 1. §. 1. D. superf. 43, 18. l. 3. C. jure emph. 4, 66*; — Forderungen: *l. 6. l. 14. l. 17. D. her. vel act. vend. 18, 4.* Auch Erbrecht? s. Scheurl, Beitr. I. S. 101.] und possessio (l. 34. §. 4. D. h. t. vgl. oben S. 57. u. S. 173. Z. 10. v. u.). Arbeit und Dienste werden nicht weggegeben; Sachen zur Benützung nicht weggegeben (rem utendam, fruendam dare); aber auch die Befugniß zur Benützung (uti frui licere) wird so lange nicht weggegeben, als sie nicht zum jus in re constituirt wird. Pignoris obligatio sollte man, scheint es, entweder als jus in re oder als obligatio verkaufen können; auch kann man sie verkaufen, aber nicht für sich, nicht ohne die personae obligatio, um derentwillen sie da ist (vgl. S. 350 oben.). Jedenfalls nun muß, damit ein Kaufcontract da sei, irgend einer jener Gegenstände als Kaufsobject (res quae veneat) demonstrirt werden; wenn man aber mit Donellus (comm. de jure civ. lib. XIII. c. 1. §. 5.), und wegen l. 4 — l. 6. pr. l. 34. §. 2. l. 70. D. h. t. §. 5. J. h. t. behaupten wollte, daß in der Regel: Nec emtio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi (l. 8. pr. eod.) weiter nichts als Demonstration des Gegenstandes verlangt sei, so fände das gleich in l. 8. pr. cit. selbst seine Widerlegung; es muß ein in Wirklichkeit vorhandener Gegenstand

demonstrirt werden (l. 15. pr. l. 44. l. 57. l. 58. eod.). Im Verkaufe künftiger d. i. möglicher Dinge liegt also stillschweigend eine Bedingung [*l. 8. pr. cit. — ut quum editus esset partus etc.* Vang. §. 632. Anm. I. 1.]; wenn aber der Kaufpreis ohne Rücksicht, ob das mögliche Ding zur Existenz kommt, oder nicht, versprochen, also gewissermassen die Möglichkeit des Dinges (emtio spei), nicht mehr blos das mögliche Ding (emtio rei speratae), gekauft, und also in Gestalt des Kaufes gespielt wird (quasi alea emitur), so ist möglicherweise nichts gekauft, und doch ein Kauf angenommen (l. 8. §. 1. eod. l. 11. §. 18. i. f. D. a. e. e. v.). Mit den nicht vorhandenen Dingen dürfen wir aber weiterhin diejenigen nicht verwechseln, die dem Privatrecht unzugänglich sind [— *quas natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt — l. 34. §. 1. cf. l. 62. §. 1. D. h. t.* und S. 177. unten]; diese sind unverkäuflich, wenn wir den Kauf als Weggeben und Aneignung denken, dagegen nicht schlechthin unverkäuflich, wenn wir den Kauf und Verkauf als Contract und anstatt seines Vollzugs Prästationen denken [*§. 5. J. h. t. l. 4 — l. 6. pr. l. 70. l. 34. §. 2. D. h. t. l. 39. §. 3. D. evict. 21,* 2. Unterholzner, Schuldverhh. II. §. 443. Nr. 2. Dagegen F. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistungen, in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853. §. 13. wegen *l. 34.* §. 1. *l. 22 — l. 24. l. 62. §. 1. D. h. t. l. 1. C. sepulchr. viol. 9, 19. l. 8. §. 1. D. relig. 11, 7.* Literatur s. bei Mommsen, a. a. O. Anm. 1. und Windscheid, in der heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 115. Nr. 2.]. — Als Object des Einen Kaufs (uno pretio) können mehrere Gegenstände demonstrirt werden, im Einzelnen (z. B. l. 44. D. h. t.), oder collectiv [z. B. *l. 50. eod.* und besonders *hereditatis venditio*], oder in Quantitäten (l. 65. l. 71. l. 85. §. 5. eod.). Von practischem Unterschied (arg. l. 34. pr. cf. l. 22. eod.; l. 11. §. 17. D. a. e. e. v.) ist, ob von mehreren einer als Haupt-, der andere als Nebensache (Dareingabe, „Accession") demonstrirt wird [*z. B. l. 40. §. 5. l. 60. l. 78. pr.; l. 68. pr.; l. 34. pr. cit.; l. 40. §. 1. cf. l. 33. eod. l. 6. §. 6. D. a. e. e. v.*]; auch darf diese „lex venditioni dicta" mit der „lex traditioni dicta" (z. B. in l. 8. §. 1. D. a. e. e. v.) nicht verwechselt werden (S. 272. in med.). Zur Demonstration des Gegenstandes

gehören aber auch noch „Exceptionen" oder „Receptionen", die den Umfang desselben einschränkend bestimmen (z. B. l. 40. §. 3. §. 4. l. 80. pr. l. 76. l. 77. D. h. t.; l. 79. eod. l. 13. §. 30. D. a. e. e. v.). — — Auch was die Waare koste, oder wie viel um sie gegeben werde, muß gesagt werden (§. 1. J. h. t.); es ist kein Kauf, überhaupt kein Consensualcontract mehr, wenn die Waare gegeben und genommen wird unter der Voraussetzung, aber ohne Nennung eines Preises (arg. l. 22. D. praescr. v. 19, 5. vgl. Thon, von der Unabänderlichkeit der dem Mitcontrahenten überlassenen Preisbestimmung. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. X. S. 202 fg.). Bevor der Preis bestimmt ist, wird kein Kauf fertig [§. *1. J. h. t. — certum pretium esse debet — l. 35.* §. *1. D. h. t. Illud constat, imperfectum esse negotium, cum . . . dicit: „quanti velis . . . quanti aequum putaveris . ."*]; in das Ermessen eines Dritten gestellt, ist er noch nicht bestimmt; die Perfection eines solchen Kaufes hängt von der Bestimmung dieses Dritten ab (§. 1. J. cit.). Bestimmt aber ist der Preis, wenn er auch noch nicht bekannt ist (l. 7. §. 1. cf. §. 2. eod.). Gegenüber einer Menge, Masse, einem Haufen von Dingen kann der Preis entweder nach Stücken, Zentnern, Klaftern u. dgl. bestimmt werden: sei es nun, daß der Haufen rc. selbst (l. 35. §. 5. eod.), oder nur von ihm gekauft werden will (l. 35. §. 7. vgl. l. 39. §. 1. eod.); — oder aber „in Bausch und Bogen": so daß nicht nur das Ganze, und nicht nur das Ganze um Einen Preis (der auch dort ist), sondern das Ganze „überhaupt", d. i. ohne mathematisch genaue Rücksicht auf seine Größe gekauft wird [*l. 35.* §. *5.* §. *6. eod. — si grex venierit . . . universaliter uno pretio* —]. Auch der Käufer kann, außer dem Preise, sich noch irgend einer anderen Leistung unterwerfen; es darf aber bemerkt werden, daß dies kein „legem dicere" mehr ist (l. 6. §. 1. §. 2. l. 28. D. a. e. e. v.); der Käufer gibt überhaupt keine Gesetze.

Die „Conventio" (Uebereinkunft) besteht hier und anderwärts nicht blos in einer Uebereinstimmung der Gedanken oder Vorstellungen (von Waare und Preis) („consensus l. 9. pr. D. h. t.), sondern auch in einer des Willens: diese Waare nämlich um diesen Preis kaufen und verkaufen zu wollen. Der Zwiespalt vor der Uebereinkunft wird immer den Preis betreffen;

Uebereinkunft im Preise also Uebereinkunft überhaupt sein [*l. 2. §. 1. D. h. t. — pretii . . conventio perficit . . . emtionem. pr. J. h. t. Emtio e. v. contrahitur, simulatque convenerit de pretio . .*]. Leicht sucht man in Frage und Antwort (l. 35. §. 2. D. v. o. 45, 1), bei uns auch in Handschlag eine bestimmtere Form, in Darangeld und Schrift bald diese, bald nur ein Zeugniß der Uebereinkunft (l. 35. pr. D. h. t. pr. J. h. t. l. 17. C. fide instr. 4, 21. Glück, Comm. XVI. §. 974. Anm. 86.); nothwendig ist nur der Ausdruck, keine gewisse Form des Ausdruckes [*pr. §. 1. J. de consensu obligatione* — wo *„consensus"* statt *„conventio"*]. Aber das Aeußere, die Form der conventio kann da sein, ihr Inneres fehlen, zufolge Irrthums: insoferne er nämlich den zur Uebereinkunft nöthigen Willen (diese Waare, um diesen Preis, zu kaufen) ausschließt, entweder den Willen überhaupt (l. 14. l. 41. §. 1. D. h. t.), oder doch die Uebereinstimmung des Willens (l. 9. — l. 13. eod. l. 21. §. 2. D. a. e. e. v.); hier ist keine vollkommene Uebereinkunft, also ein unvollkommener Kauf da [*l. 9. pr. cit. „emtio imperfecta"*]; ein derart unvollkommener Kauf gleich keinem [*l. cit. „emtio nulla est"*]. — Unvollkommen, besser unfertig, abermals willenshalber, ist die Uebereinkunft auch beim bedingten Kauf; unseres Erachtens selbst beim resolutiv bedingten; aber gleich keinem ist ein solcher Kauf nicht. Die Bedingungen, welche eigens beim Kauf vorkommen, entspringen 1) aus dem Wunsche des Käufers, die Sache erst zu sehen, zu prüfen, so daß „auf Besicht", „auf Probe" (nicht „nach Probe") [*„ut degustaretur" l. 4. §. 1. D. peric. et comm. 18, 6*] gekauft wird: womit aber der Entscheid nicht etwa auf eine so wirkliche Probe und ihren Erfolg, sondern auf den auch noch willkürlichen Willen des Käufers gestellt ist [Thöl, Handelsr. §. 71. Vorbemerkung *a*. Puchta, P. §. 360, Vang. §. 635. Anm. II. 1. . . . *l. 34. §. 5. D. h. t. — gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat.* s. dagegen Unterh. a. a. O. §. *433. Nr.* 2. vgl. Glück, Comm. *XVII.* §. *1035.* a. E. (*de gustibus non est disputandum)*]. Also bindet diese Bedingung nur den Verkäufer. Ob sie resolutiv, ob suspensiv sei, wird verschieden bestimmt: darnach ob „auf Probe", oder „auf Besicht" gekauft sei (Puchta, a. a. O. Arndts, P. §. 301); oder: bald sei die-

ses, bald jenes der Fall (Unterholzner, a. a. O., §. 433, u. A. m.); oder: regelmäßig sei sie suspensiv (Vangerow, a. a. O.). Indessen ist aus l. 4. pr. D. peric. et comm. zu beweisen, daß im Zweifel eine Resolutivbedingung angenommen werden müße [„*quasi sub conditione venierit*“ ist trotz der „*emtio . . soluta*“ von einer Suspensivbedingung gemeint; ebenso sicher die eingangs gestellte Bedingung (*Si . . intra diem certum degustanda dixerit*) als Resolutivbedingung; *si hoc in occulto sit* (ob suspensiv oder resolutiv bedingt sei), *emtionem manere*, d. h. sei die eingangs erwähnte Bedingung als Resolutivbedingung zu fassen, unter den gegebenen Umständen der Kauf also beständig, aber nichtsdestoweniger, trotz vollendeten Kaufes die Gefahr beim Verkäufer]; ein Unterschied der Bedingungen „auf Besicht“ und „auf Probe“ ist unerweislich (vgl. Thöl, a. a. O. Anm. lit. c.). Bis zum Entscheid der Bedingung ist die Gefahr beim Verkäufer, gleichviel ob die Bedingung resolutiv oder suspensiv sei (arg. l. 4. pr. §. 1. l. 1. pr. eod.); darum, und weil bis dahin er allein gebunden ist, wird er Entscheidung wünschen; darum nicht selten ein „dies degustationi adjectus“ (ll. citt.), nach dessen unbenütztem Ablauf auch der Verkäufer wieder frei ist, wenn die Bedingung suspensiv war [*l. 4. pr. cit. — si sub conditione venierint, hoc est, si ante diem illum fuissent degustata*], oder aber der Verkauf vollkommen fertig [*cf. l. 1. pr. cit. „— quasi plenissime veneat —“*], also auch Käufer gebunden ist, wenn die Bedingung resolutiv war; nothwendig trägt jetzt Käufer die Gefahr; es wäre denn, daß ihm der Verkäufer selbst die Probe unmöglich machte (l. 4. pr. cit.); — darum denn auch noch nachträgliche Fristsetzung, wenn diese bei dem Contracte selbst versäumt ist (cf. l. 4. §. ult. l. 1. §. ult. eod. Vang. a. a. O. 3.). Nach all dem ist nicht zu verstehen, wie dieser dies zu Gunsten des Käufers sein könne (l. 4. §. 1. cit. in fin.), und bleibt nichts übrig, als „zu der violenten Crisis, die sich Cujaz erlaubt hat, seine Zuflucht zu nehmen“ (dag. Glück, a. a. O. S. 164 fgg.). — Das s. g. pactum displicentiae ist, in den Quellen wenigstens, ein Vorbehalt des Käufers (l. 3. D. h. t. 18, 1.; l. 6. D. resc. vend. 18, 5. l. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. l. 31. §. 22. D. aed. ed. 21, 1. l. 2. §. 5. D. pro emt. 41, 4. l. 4. C. aed. act. 4, 58), in

seiner gewöhnlichen Fassung, Bedingung (nicht auch in der von l. 6. D. resc. vend. cit.), Resolutivbedingung (nicht in der von §. 4. I. h. t.), mit einem dies verknüpft (l. 31. §. 22. D. aed. ed. cit.), und macht den Kauf vom Gefallen an der Sache, mithin vom Belieben des Käufers abhängig. Darum meinen wir, daß unser Kauf „auf Probe" oder „Besicht," und der der Quellen „nisi displicuerit" oder „si placuerit" Eins seien, daß hier überall eine und dieselbe Bedingung, bald resolutiv, bald suspensiv, vorliege, daß in der Bedingnng „ut degustaretur" nichts anderes als eine beim Weinhandel ausgebildete Spezies dieser Gattung von Bedingungen zu erblicken, hiernach denn namentlich in l. 31. §. 22. cit. eine unmittelbare Bestimmung darüber enthalten sei, wann beim Kauf auf Probe ꝛc. die Probe gemacht werden müße, wenn im Contracte selbst ein Termin nicht gesetzt ist. — Ferner entspringen vornehmlich beim Kauf Bedingungen 2) aus dem Wunsche des Verkäufers, die Sache möglichst hoch an Mann zu bringen, — so die Bedingung bei der in diem addictio (D. 18, 2.); zu der auch die bei Versteigerungen (licitatio, auctio, subhastatio l. 3. C. exsec. rei jud. 7, 53. l. 2. C. si in causa jud. 8, 23. l. 2. C. de fid. et jure hastae fisc. 10, 3. Nov. 120. c. 6. §. 2. cf. l. 3. C. locat. praed. civ. 11, 70.) gehört, woferne die Sache schon auf das nächstbeste Gebot hin als addicirt (verkauft), der Verkauf aber als dadurch bedingt erscheint, daß ein höheres Gebot nicht erfolge, — eine Auslegung, die uns zwar nicht überall (Puchta, P. §. 252), wohl aber nach Umständen nothwendig scheint (s. dag. Glück, Comm. XVI. §. 1005. Sintenis, prakt. gem. Civilr. II. S. 250. 2 fg. Anm. 22. E. A. Seuffert, diss. de auct. 1854. Monach.); — oder aus dem Wunsche nach Sicherheit, wie die lex commissoria (D. 18, 3.). Wenn man freilich das Wesen der lex commissoria darein setzt, daß sie Wiederauflösung des Kaufes und Heimfall der Sache nach sich ziehen könne, so liegt darin für denjenigen, der die Sache für Geld weggeben will, wenigstens keine wünschenswerthe Sicherheit. Ganz anders, wenn wir dieselbe lex mit einer Anzahlung des Kaufpreises in Verbindung [*l. 4. §. 1. D. h. t. — quando emtor aliquam partem pretii dedit — l. 6. §. 2. eod. — partem reliquae pecuniae accepit — l. 8. eod. — statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae — l. 3. C.*

pact. i. e. e. v. 4, 54. — nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset —], in diesem Theil des Kaufpreises eine Arrha [*l. 8. cit. — acceptis arrhae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae — cf. l. 6. pr. eod. l. 1. C. pact. i. e. e. v.*], in der Arrha eine Art Pfandes [Muther, Sequestration und Arrest, Beil. *II.*], und dieses für den Fall, daß nicht rechtzeitig gezahlt wird, als verfallen denken (ll. citt.). Dann hat die lex commissoria beim Kauf mit der bei der Verpfändung nicht nur den Namen, sondern auch den Sinn gemein, und die Verwirkung einen greifbaren Gegenstand. (Vgl. übrigens Glück, a. a. O., §. 1009.).

Mit der Uebereinkunft ist Kauf und Verkauf perfect. In Einem Falle jedoch ist die Uebereinkunft vollendet, und dennoch heißt es vom Kaufe, daß er imperfect sei, dann nämlich, wenn diese Menge, Masse rc. oder von ihr, gekauft, der Preis nach Stücken, Zentnern, Klaftern bestimmt, diese selbst aber noch nicht zugezählt, zugewogen, zugemessen sind [*l. 35. §. 5. D. h. t. — tunc perfici emtionem . . cum adnumerata, admensa, adpensave sit* —]. Indessen ist hier der Kauf nur in Ansehung seiner Wirkungen [*l. 35. §. 7. eod.: — antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere*], nicht seiner Existenz nach, imperfect, wiewohl es heißt, daß hier „*venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas . . . quas . . admensus eris* . . —.

Schon in den Rubriken unserer Quellen sind von dem Hauptvertrage selbst gewisse Nebenbestimmungen, Nebenverträge (pacta inter emtorem et venditorem composita, leges — D. h. t. C. 4, 54.) unterschieden. Dieselben betreffen den Gegenstand des Kaufes [und bringen „Accessionen," „Exceptionen," die Zusage gewisser Eigenschaften mit sich S. 479 u. und fg.] — oder den Abschluß des Kaufes [als Bedingungen S. 481 fgg.], seinen Vollzug [z. B. *l. 78. §. 2. l. 13. §. 26. D. h. t. Qui fundum ea lege emerat, „ut soluta pecunia traderetur ei possessio"* —], seine Gefahr [z. B. *l. 78. §. 3. eod.*], das dereinstige Recht des Käufers [z. B. *l. 9. C. pact. i. e. e. v. — ut . . nullo modo liceat in loco vendito . . . monumentum extruere* —], des Verkäufers [Wiederkauf: *l. 2. C.*

eod. l. 12. D. pr. verb. 19. 5.; Vorkauf *(jus protimiseos): l. 75. D. h. t. cf. l. 21. §. 5. D. a. e. e. v.*].

§. 113. Fortsetzung.

Durch Abschluß des Kaufcontractes verpflichtet sich
1. der Verkäufer:
   a) zur Tradition,
   b) zur Gewährschaft (Prästation),
      α) wegen Eviction,
      β) wegen Mängeln,
      γ) wegen dolus.

ad. a. Gegenstand der Tradition sind beim Verkauf von Sachen (res corporales) vor allem „ipsa res" (l. 11. §. 2. D. a. e. e. v. 19, 1); dann Nebensachen, wenn solche durch Verabredung (l. 11. §. 17. eod. S.479 u.), oder nach Natur der Sache da sind [*l. 11. §. 1 eod. — quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestati.*]. Als Nebensachen der letzteren Art sind hier zu betrachten: Pertinenzen (l. 13. §. ult. — l. 18. §. 1. eod. l. 40. l. 47. — l. 49. l. 76. pr. D. c. e. 18, 1. s. bes. l. 17. §. 7. §. 8. l. 38. §. 2. D. h. t. 19, 1.); und aller Gewinn oder Erwerb, den der Verkäufer nach dem Verkaufe aus der Sache oder durch die Sache macht [*commodum rei venditae —:* Accessionen *l. 7. pr. D. peric. et comm. rei vend. 18, 6.;* Früchte *l. 13. l. 16. C. h. t. 4, 49. l. 13. §. 10. D. h. t.,* namentlich auch civile *l. 13. §. 13. eod.* und sonstige *„causa rei:" l. 4. §. 1. D. usur. 22, 1. l. 13. §. 18. D. h. t. Si . . aliquid ex operis servus praestitit venditori —; actiones l. 14. pr. D. furti 47, 2. l. 35. §. 4. D. c. e. l. 31. pr. D. l. 13. §. 12. D. a. e. e. v.*]. Die Tradition selbst ist nicht nothwendig dominii traditio (l. 25. §. 1. D. c. e. l. 3. C. evict. 8, 45), muß aber so beschaffen sein, daß Käufer zum Eigenthümer wird, wenn Verkäufer Eigenthum hat [*l. 11. §. 2. D. h. t. — quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum —* s. jedoch *l. 19 eod. l. 80. §. ult. D. c. e.*], also jedenfalls possessionis [*l. 1. pr. D. rer. perm. 19, 4. l. 3. pr. l. 11. §. 13. D. h. t.*], und zwar vacuae possessionis traditio sein (l. 2.

§. 1. cf. l. 8. §. 1. eod). An die Stelle der Tradition tritt je nach Art des Kaufobjectes eine Quasitraditio [Gebrauchsduldung, allenfalls mit *cautio: l. 3* §. 2. *D. h. t.* S. 273 unten], oder Cession [*l. 23. l. 6. D. her. vel act. vend. 18, 4.; l. 14. pr. D. furti 47*, 2. . . . *Mandare . . . eum . . . oportebit emtori furti actionem . . l. 31. pr. D. h. t. . . actiones . . . praestari . . emtori oporteat . . l. 35. §. 4. D. c. e. . . ut tamen vindicationem . . . exhibeat emtori . . . actiones ad emtorem transferre . .*]. — Die Verpflichtung zur Tradition schließt die zur custodia (l. 3. pr. D. peric. et comm. 18, 6. §. 3. J. h. t.) und diligentia (l. 2. §. 1. D. per. et comm.; l. 68. pr. D. c. e.) in sich. Die zur custodia kann noch vor der zur Tradition wegfallen (l. 1. §. 1. §. 8. §. 4. l. 2. l. 4. §. 2; l. 12. — l. 14. D. peric. et comm., vgl. Unterholzner a. a. O. §. 456. not. i.). — Ueber die Tradition hinaus dauert

ad b. die Gewährschaft ad *a.* wegen Eviction, d. i. Entwindung einer Sache oder eines Rechtes auf dem Rechtsweg. Der Rechtsweg muß nicht nur überhaupt betreten [*l. 21. pr. D. de evictionibus et duplae stipulatione 21, 2: — non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis; — l. 24. eod. — judicio evictum esse — l. 41.* §. *1. eod. l. 3. C. h. t. 8, 44.*], sondern erschöpft sein (l. 63. §. 2. D. h. t.); die Sache muß nicht nur rechtskräftig abgesprochen, sondern auch „entwunden" („entwert" — „habere non licere" l. 16. §. 1. l. 41. §. 1. l. 57. pr. eod.), die Entwindung nicht blos auf dem Rechtsweg, sondern durch ihn erfolgt sein (l. 21. §. 3. eod. l. 21. §. 1. „— propter ipsam evictionem."). Aber Abfindung gilt für Entwindung [*l. 21.* §. *2. eod. — . . Quum neque corpus, n e q u e p e c u n i a emtori absit . . — Neque enim habere licet eum, cujus si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur etc.*]. — Ist es nun Käufer, der also die gekaufte und tradirte (Paul. R. S. II. 17. §. 3.) Sache, ganz oder zum Theil (l. 1. pr. l. 64. eod. Vang. §. 610. Anm. 1; l. 15. §. 1; l. 5. eod. l. 11. §. 17. D. a. e. e. v. l. 38. §. 3. D. v. o. 45, 1. cf. l. 36. l. 42. l. 43. D. h. t.), als Kläger oder Beklagter (arg. l. 29. §. 1. l. 39. §. 1. D. h. t.), nicht gerade in Reivindicatio oder Publiciana (l. 66. pr. l. 34. §. 1. §. 2; l. 39. pr.; l. 46. §. 2. §. 3. l. 39. §. 4. eod.), aber auch nicht schon in Possessorio

(l. 11. §. 13. l. 3. pr. D. a. e. e. v.), für immer [*l. 35. D. h. t. — cum fore spes „habendi" abscissa est —*], ohne seine Schuld [*l. 56. §. 3; l. 63. §. 2; l. 29. §. 1; l. 66 pr. eod.;* also namentlich nicht wegen unterlassener *litis denuntiatio: l. 53. §. 1. l. 55. §. 1. l. 56. §. 5. §. 6. eod.*], und lediglich aus Schwäche des gekauften Rechts (l. 11. pr. l. 51. §. 2; l. 51. pr. eod. l. 15. C. h. t.) an Dritte, oder gar an den Verkäufer oder dessen Erben selbst (l. 38. pr. §. 1. D. v. o. 45, 1. l. 11. §. 18. D. a. e. e. v.) verliert, so verwandelt sich die bisherige Evictionshaftung des Verkäufers („evictionis obligatio", z. B. l. 46. §. 1. D. h. t.) in eine Evictionsschuld [*„committitur stipulatio" — „praestare oportere" — „evictionis praestatio" l. 21. l. 60. eod.*]: es wäre denn, daß Arglist des Käufers [*l. 27. l. 30. C. h. t. l. 7. C. comm. utriusq. jud. 3, 38.* vgl. dazu Glück, Comm. XX. S. 234.], die Absicht des Geschäftes [*l. 11. D. hered. vend. 18, 4. l. 11. §. 18. D. a. e. e. v. — nisi forte quis etc. — l. 2. §. 1. D. quar. rer. act. n. d. 44, 5; — l. 1. l. 5. C. h. t.;* die unnöthige Controverse bezüglich *univ. juris* und *facti* s. bei Glück a. a. O. §. 1117. S. 218.], oder ein Geding [s. g. *pactum de non praestanda evictione,* das sich bei der *pignoris distractio* von selbst versteht *l. 11. §. 16. D. a. e. e. v.; C. cred. evict. non debere 8, 46. l. 10. D. distr. pign. 20, 5.* — bei sonstigem Verkaufe aber trotz aller Ausdrücklichkeit lange nicht zu seiner vollen Geltung kam; vgl. Vang. a. a. O. Anm. 4. zu *l. 11. §. 18. cf. §. 15. D. a. e. e. v.*] die Evictionshaftung selber ausschlösse. — In der Evictionshaft liegt darnach keine Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums [*l. 3. C. h. t. — quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest*]; auch keine zur Verschaffung des Besitzes (s. oben Z. 1 u. 2.); wohl aber eine zur Erhaltung in dem verschafften Besitze (Verschaffung des habere licere z. B. l. 8. D. h. t.): Verkäufer muß den Käufer gegen Eviction desselben vertreten [*l. 62. §. 1. D. h. t. — defendere debeat l. 74. §. 2. eod. l. 75. D. proc. 3, 3. cf. l. 85. §. 5. D. v. o. 45, 1.*], oder aber wegen Eviction entschädigen. Jene Vertretung ist vielleicht schon unter der „auctoritas" der XII Tafeln verstanden [*Cic. Top. c. 4. „usus auctoritas fundi biennium"*

— *Cic. pro Caec. Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium*]; nach Ablauf der Usucapionszeit konnte sich der Käufer selbst vertreten, hatte er selbst auctoritas (vgl. l. 56. §. 3. D. h. t.). Vermuthen darf man, daß beim Verkauf mit Mancipation Verkäufer keine Auctoritas zurückbehielt; daß er mit seinem quiritischen Recht diese selbst mitveräußerte [*Paul. R. S. II. 17. §. 3. — auctoritatis venditor —*], also auch im Evictionsfalle haftete, nicht darum weil evincirt worden, sondern weil das angebliche Jus, die verheißene Auctoritas nicht erfolgt war [*Cic. off. 3, 16: cum ex XII. tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret* — vgl. zu dieser Stelle Rudorff, Zeitschr. für gesch. R. W. XIV., über die Litiscr. S. 433 fg. Müller, K. O. die Lehre des röm. R. von der Eviction, 1851. I. Theil. §. 3.]. Bei bloßer Tradition von res mancipi dagegen blieb das quiritische Recht, und damit Vindicationsmacht, vor Einführung der Publiciana alle und jede Vindicationsmacht, beim Verkäufer (Gaj. II. 41.); beim Verkäufer also die Macht, für den Käufer aufzutreten (auctoritas), während dieser vor Ablauf der Usucapionszeit sich wohl eben so wenig wehren (cf. Gaj. IV. 16.), als angreifen konnte. Ein Anspruch mangels Jus war hier nicht denkbar; wohl eine Verpflichtung zur Vertretung und Schadloshaltung wegen Eviction. Aber ähnlich der Usucapion, welche zunächst den Mangel quiritischen, dann den des Rechtes überhaupt heben sollte (Gaj. II, §. 40 — §. 42. §. 43, 44, vgl. S. 205), ward unsere Vertretung nicht blos durch den Mangel quiritischen Rechtes, sondern auch durch allenfalsigen Streit um das Recht überhaupt veranlaßt: wenn nämlich das dominium des Verkäufers in Frage kam; sei es nun, daß res mancipi oder nec mancipi tradirt waren (Gaj. II, 43). Nach Ablauf von 1 oder 2 Jahren half Usucapion, vorher Vertretung durch den Auctor; beide wohl in denselben Nothfällen. Mit Einführung der Publiciana jedoch, oder mit allenfalsiger sonstiger Zurichtung der rei vindicatio für natürlich erworbene res nec mancipi, dann gar mit dem Untergang des quiritischen Eigenthums und seines Gegensatzes gegen das natürliche, mußte die Vertretung Mangels quiritischen Rechts (gleich der Usucapion in ihrer ersten Bedeutung) mehr und mehr zurück-, endlich

untergehen; trotz bloßer Tradition konnte Käufer nun selbst handeln (agere); alles Recht, wenn überhaupt eines da ist, befindet sich beim Käufer; Vertretung durch den Verkäufer im Proceß ist nie mehr nothwendig; Vertretung des Besitzes — durch Geld nämlich, wenn er entwunden wird — die Hauptsache. — So viel über den Sinn der Evictionshaft. Ihr Grund scheint durchweg in einem Versprechen gesucht werden zu müssen. Aber die Edicte zwangen zu versprechen: bei werthvolleren Gegenständen, wahrscheinlich nach dem Vorbild der poena dupli bei Mancipationen, ein Doppeltes (l. 37 pr. §. 1. l. 2. D. h. t.); von da war nicht mehr weit zu dem Satze, daß auch ohne ausdrückliches Versprechen Evictionshaft eintrete (l. 6 C. 8, 45; l. 19. pr. D. h. t.) — mit anderen Worten: daß jenes Versprechen schon stillschweigend im Verkaufe liege; jedoch nicht das auf ein doppeltes (l. 60. l. 70 l. 56. pr. D. h. t.). Von einem Zwang zu duplae promissio weiß unser heutiges Recht nichts (vgl. Unterh. §. 457. not. d.).

Ueber die Evictionsgewährschaft beim Verkauf eines jus in re: l. 10. l. 46. §. 1. l. 15. §. 1. D. h. t. l. 5. §. 6. D. si ususfr. pet. 7, 6.; — eines nomen: l. 4. l. 5. D. her. vel act. vend. 18, 4.

Ueber die Tradition hinaus dauert ferner die Gewährschaft

ad *β*. wegen Mängeln der verkauften Sache. Unter „Mangel" denken wir einen Ausfall (Defizit) in der Qualität der Sache; hier nicht denjenigen, der sich erst nach dem Verkauf, wenngleich vor der Tradition, durch Schuld des Verkäufers ergibt, und unter die Prästation des dolus oder der culpa fällt; sondern denjenigen, der schon zur Zeit des Verkaufes vorhanden oder begründet ist (cf. l. 54. D. de aedilitio Edicto et redhibitione et quanti minoris 21, 1; l. 3. C. eod. 4, 58.). Ohne irgend einen Anhalt, wie die Qualität sein soll, läßt sich ein Mangel nicht angeben. Ein solcher Anhalt liegt denkbarerweise 1) in dem durch den Verkehr bestimmten Begriff von „echter", „rechter und redlicher", „guter" Waare [Untersuchungen darüber: z. B. *l. 1. §. 7—l. 14. §. 8. D. eod.* „*Morbus vitiumve*" der Inbegriff von Mangelhaftigkeit bei Sclaven und Thieren; ihre Definition als „*habitus cujusque corporis contra naturam, qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit*" (*l. 1. §. 7. cf. l.* 10. *pr. eod.*)

läßt sich überall verwerthen, wo die Tüchtigkeit des Dinges Nützlichkeit ist], 2) in der Demonstration der Waare, indem ihr Verkäufer gewisse Eigenschaften zu= oder abspricht [*l.* 17. §. *ult. eod. Si quis affirmaverit, aliquid adesse servo, nec adsit, vel abesse et adsit, utputa si dixerit, furem non esse, et fur sit, si dixerit, artificem esse, et non sit* — *l.* 1. §. 1. *l.* 18. *l.* 19. *pr.* — §. 4. *eod.*]; bei dem Kauf „nach Probe" bekommt dieser Anhalt die körperliche Gestalt eines „Musters." Woferne nun die Sache nach dem einen oder anderen Maßstabe als mangelhaft erscheint, kann den Verkäufer die Prästation treffen: nicht minder wenn in genere, als wenn eine Species verkauft ist. Wir werden (mit dem ädil. Edict) zunächst nur den Fall im Auge behalten, da eine Species verkauft ist. Woferne diese ad 1. nach Verkehrsbegriffen mangelhaft ist, haftet Verkäufer dann, wenn er den (einigermaßen bedeutenden l. 1. §. 8. l. 4. §. 6 — l. 6. pr. eod.) Mangel nicht „angesagt" [*„pronuntiare", „dicere", „excipere" l.* 1. §. 1. §. *9. l.* 14. §. *9. l. 38. pr. eod.*] hat. Dieser Grundsatz, daß Verkäufer „ansagen, oder prästiren" müsse, ist, im ädilicischen Edicte für den Verkauf von Sclaven und Thieren ausgesprochen (l. 1. pr. l. 38. pr. eod.) und dann auf alle anderen Sachen bezogen worden (l. 1. §. 1. l. 63. l. 49. eod. l. 4. C. eod.). Er rechtfertigt sich leicht, wenn Verkäufer Mängel nicht ansagt, die er kennt [*l.* 1. §. *1. in fin. cit.* — *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur* —]; schwerer dann, wenn er sie nicht kennt. Es läßt sich nachweisen, daß das jus civile älterer Zeit, beim Verkauf von Grundstücken wenigstens, nur Prästation der wissentlich verschwiegenen Mängel oder Lasten kannte (Cic. off. III. c. 16. cf. c. 17. §. 71.); allein in unseren Quellen steht jene strengere Haftung nicht blos für das ädilicische, sondern auch für das gemeine Kaufrecht fest [*l.* 13. *pr.* §. 1. *D. a. e. e. v. cf. l.* 11. §. *7.* §. *8. l. 6.* §. *4. eod. l.* 45. *D. c. e.*; s. dag. Puchta, P. §. 363., hinwiderum aber Vang. §. 609. Anm. *II.*]. Auf die „Voraussetzung", wie Windscheid (Lehre v. d. Voraussetzung, S. 111. und Heidelb. krit. Zeitschr. B. II. S. 125. not. 11.) glauben wir dieselbe nicht stützen zu dürfen; die Quellen führen auch sie (die Haftung für ungekannte wie gekannte Mängel) auf eine Verschuldung zurück. Schon nach dem Wortlaut des Edictes ist jede Verschweigung

von Mängeln ein „Verstoß" gegen das magistratische Gebot [*l. 1. §. 1. D. h. t. . . si „adversus ea" venisset . . cf. l. 37. D. dol. mal. 4, 3. „adversus dictum promissumve actio"* im Gegensatz zu der *de dolo actio*]; wahrscheinlich von da her der Anschein der ädilicischen Klagen ein pönaler (l. 23. §. 4. eod.) und die Nichtansagung delictum (l. 1. §. 8. l. 51. pr. eod.). Worin dies Vergehen bei ungekannten Mängeln liege, geben Ulpian und Cicero übereinstimmend an: l. 1. §. 2. eod. — potuit enim ea nota habere venditor — Cic. off. III. c. 17. §. 71: qui enim scire debuit, de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium. — Uebrigens gelten Mängel, die Jeder sehen kann, schon so „für angesagt" oder „ausgenommen" [*l. 14. §. 10. eod. — perinde ac si nominatim exceptus esset morbus — l. 48. §. 3. eod. — multo enim amplius est, id facere, quam pronuntiare — Paul. R. S. II. 17. §. 5. „latens vitium"*]; von denen, die Käufer ohnehin kannte, läßt sich nicht dasselbe behaupten; dafür greift hier anstatt der Exceptio des Verkäufers eine von Rechtswegen platz (l. 48. §. 4. eod. — exceptionem opponi aequum est — l. 51. pr. §. 1. D. eod. l. 45. D. c. e. l. 9. C. a. e. e. v. 4, 49.). Woferne die Sache ad 2. im Vergleich zu der vom Verkäufer abgegebenen Zusicherung (dictum promissumve l. 1. §. 1. l. 19. §. 2. D. h. t. 21, 1.), als mangelhaft erscheint, liegt der Grund zur Haftung des Verkäufers vor Augen (l. 17. §. 20. eod.); denn mag nun die Zusicherung auf die Prästation selber [*l. 31. D. evict. — si cui hoc fuerit adjectum: praestari —*], oder blos auf das Dasein irgend eines Vorzuges, auf das Nichtdasein irgend eines Fehlers [*sanum esse, furem non esse, eod.*] lauten, so will Verkäufer überall die Prästation, nicht etwa die Verschaffung oder Abschaffung der treffenden Eigenschaft selbst — was meistens gerade dann, wenn darauf ankäme, ein impossibile wäre — versprochen haben (l. 31. cit.), — vorausgesetzt, daß er überhaupt versprochen, nicht blos gesprochen haben will (l. 19. pr. D. h. t.). Von der versprochenen Qualität (z. B. sanum esse) kann er einzelne Gebrechen ausnehmen: sei es daß sie da sind, oder blos da sein könnten; aber solche, die da sind, darf er nicht ausnehmen als solche, die blos da sein könnten [*l. 14. §. 9. h. t. — tunc enim dandam esse de dolo replicationem*; nebenher ein Beweis, daß in den ädil. Klagen die Exceptio des Versprechens auch zur Exceptio der

Klagformel wurde]. Daß die Gewährschaft der Mängel zufolge Versprechens nicht erst im ädilicischen Edicte seinen Grund habe, versteht sich von selbst (l. 11. §. 1. D. a. e. e. v.). — — Hiernach erhellt, daß, was den Grund und die Voraussetzung der Gewährschaft wegen Mängeln anlangt, nach dem Stande unserer Quellen, und des heutigen Rechts — vor welchem der Sclavenhandel, und damit der Unterschied zwischen vitia corporis und animi (l. 1. §. 9 — l. 4. D. h. t. vgl. Vang. a. a. O. I.) eine Antiquität ist — ein Unterschied zwischen ädilicischem und und sonstigem Kaufsrechte nicht besteht. Dagegen muß zwischen den Klagen, die von hierher und dorther entspringen, darnach in dem Belang der Gewährschaft, noch immer unterschieden werden. Denn A. von den beiden ädilicischen Klagen geht 1) die redhibitoria actio zwar immerhin auf eine Prästation [*l.* 1. §. 1. *D. h. t.* — *quod ejus praestari oportere dicetur* —]; allein man kann diese keine Prästation des Mangels, man muß sie eine Prästation alles dessen nennen, was Verkäufer zu leisten hat, „gesetzt daß" redhibirt wird [*l.* 1. §. 1. *cit.* — *quod ejus praestari oportet . . . judicium dabimus*, „*ut*" *id mancipium redhibeatur* —; oder heißt „*ut*" in dieser Fügung „damit" oder „so daß" redhibirt werde, werden könne?" vgl. das folgende „*ut restituat*"; dann aber *l.* 25. §. *ult. l.* 26. *l.* 29 *pr. eod.*]. Dabei muß, was als Forderung des Käufers — Gegenstand eines „dare" oportere, der condemnatio — erscheint (l. 27. l. 29. §. 1. §. 2. eod.), wohl unterschieden werden von dem, worauf Käufer bloßes Retentionsrecht hat (l. 29. §. 3 — l. 31. pr. l. 23. §. 8. l. 58. pr. §. 1. eod.). Um seiner Forderung willen war im ädil. Edicte, bei Sclaven wenigstens, eine eigene Caution verordnet worden (l. 28. l. 31. §. 20. eod. l. 14. C. a. e. e. v. Theoph. ad §. 2. J. div. stip. 3, 18.); um ihretwillen Steigerung der condemnatio im Nichtzahlungsfalle [*l.* 45. *eod.* — im Zahlungsfalle einfache *condemnatio*!? oder ist hier ein Arbitrium, an sich, oder unter dem Ausdrucke *condemnatio*, bei Gajus, denkbar? vgl. Sav. Syst. V. S. 131. Glück, Comm. a. a. O. S. 106 fg.]; sie setzt Redhibition voraus, und ist darum „die mit Redhibition verknüpfte Forderung" (redhibitoria actio); Retentionsrecht aber, und nur Retentionsrecht findet unter anderem des Schadens halber statt, den der betreffende

Mangel beim Käufer angerichtet hat (z. B. l. 13. pr. D. a. e. e. v. — sive igitur aedes etc.); gleichviel ob Verkäufer denselben kannte oder nicht (l. 29. §. 3. D. h. t. l. 37. D. dol. mal. 4, 3. Die l. 1. C. h. t. 4, 58. muß von einer actio emti verstanden werden. S. dag. Unterh. II. S. 276. not. l. a. E. Glück, a. a. O. S. 88 fg.). Unter Umständen kann auch ohne Redhibition gefordert (geklagt, condemnirt) werden: zufolge vorerwähnten Retentionsrechtes; bei zufälligem Untergang der Sache (l. 47. §. 1. Post mortem . . hominis aedilitiae actiones manent — l. 48. pr. l. 31. §. 11. eod.). Zur „Redhibition“ gehört aber außer Rückerstattung der Sache selbst, der verschiedenen Accessionen, Perceptionen, namentlich auch die Prästation von dolus und culpa, möglicherweise denn auch Cautionen (l. 1. §. 1. l. 21. pr. — l. 23. §. 2. l. 23. §. 9 — l. 26. eod.); überhaupt bezweckt das redhibitorium judicium gewissermassen in integrum restitutio beider Parteien [*l. 23. §. 7. l. 60; l. 38. pr. „inemtis faciendis“ l. 43. §. 9. eod. „perfecta emtio . . imperfecta fieri . .“* „Wandelungsklage“], und hat denn auch nur das utile tempus von 6 Monaten (l. 19. §. 6. eod.); noch kürzer währte das wegen verweigerter Caution (l. 28. eod.), und das wegen Nichtablieferung der „ornamenta“ (l. 38. pr. §. 11. vgl. darüber Vang. a. a. O. VI. Arndts §. 304. Anm. 6.); bei geringfügigen Händeln soll es gar nicht stattfinden (l. 48. §. 8. eod.). Die 2) quanti minoris oder aestimatoria actio (l. 43. §. 6. eod.) dagegen scheint schlechthin auf Prästation des Mangels zu gehen [*l. 32. §. 1. D. evict. — vitii aestimationem consequatur —*]; nur zufällig ist auch sie redhibitorisch (l. 43. §. 6. D. h. t.); von einer weiteren Prästation als der des Mangels jedenfalls nicht die Rede. Aber sie geht nicht einmal so ganz auf Prästation des Mangels, als es den Anschein hat. Ginge sie schlechthin auf Prästation des Mangels, so müßte sie schlechthin auf die Aestimatio des Mangels gehen. Die Schätzung des Mangels ist aber eine Schätzung des durch den Mangel (Qualität-Ausfall) begründeten Werth-Ausfalles — des Ausfalles an Werth, den die Sache an sich und ohne den Mangel, hätte. Unmöglich geht quanti minoris actio überall auf diesen Werth-Ausfall — z. B. auf 8000 fl., wenn das um 12000 fl. gekaufte Haus ohne den Mangel 20000 fl. werth wäre.

Sie geht auf den Ausfall, nicht überhaupt des Werthes, sondern der Preiswürdigkeit; nicht auf das was die Sache überhaupt, sondern was sie im Vergleich zu dem jeweiligen Kaufschilling weniger werth ist [*l. 38. pr. eod. — quo minoris cum venirent, fuerint —*]; also nur insoferne auf die ganze aestimatio vitii, als der Kaufschilling dem wahren Werth der Sache entspricht. Bei wohlfeilem Kauf muß sie demnach leicht ausfallen (Unterholzner Schuldv. II. S. 278. Nr. 3.), indeß redhibitoria actio platzgreift; bei theurem aber, billigerweise, auch nicht auf das bloße Minus vom wahren Sachwerth, sondern auf das vom Preise gehen. [*L. 32 §. 1 D. evict. — quanti minoris (emisset emtor) . . si scisset —*] enthält nur das Problem, nicht die Lösung, keinen Maßstab. — Im Uebrigen hat Käufer zwischen beiden Klagen die Wahl (l.38. pr. h. t. l. 25. §. 1. D. exc. rei jud. 44, 2. Glück, a. a. O. S. 117 fg. Unterholzner II. S. 273. not. q. cf. l. 48. §. 1. mit l. 1. pr. eod.), die Aestimatoria aber ein Jahr lang [*l. 39. pr. l. 19. §. 6. eod. — annus utilis est cf. l. 48. §. 2. eod.*], möglicherweise öfter (l. 32. §. 1. evict. cit.). Beide können auch exceptionsweise geltend gemacht werden (l. 59. §. 1. D. h. t. vgl. S. 171. a. E. des Abs.). — Die *B.* actio emti hat, wo- ferne sich Käufer über keinen dolus beschweren kann, gleichen Gegenstand mit der quanti minoris actio [*l. 13. pr. D. a. e. e. v. — quanti minoris essem emturus, si id ita esse sciissem — l. 45. D. c. e. — ipsius rei nomine teneri —; l. 11. §. 3. D. a. e. e. v.: 'Redhibitionem' quoque „contineri" emti judicio — cf. l. 43. §. 6. D. aed. ed.*] — allerdings ein Zeichen, daß die Haftung wegen nicht gekannter Mängel aus dem ädil. Edict herübergekommen ist (vgl. Vang. a. a. O. II.), zugleich aber ein Anlaß zu der Frage, ob und inwiefern dann die ädilicische quanti minoris actio noch selbstständigen Werth gehabt habe. Im Falle des dolus (gekannten Mangels) dagegen reicht actio emti weiter, nicht nur als quanti minoris actio, welche nie mehr als vitii aestimationem erzielt, sondern auch als die redhibitoria actio, indem des durch den Mangel verursachten weiteren Schadens halber (l. 45. cit. damni quod ex eo contigit — cf. l. 29. §. 3 D. aed. ed. Si quid. . damni sensit —) dort nur Retentionsrecht, hier aber actio ist (l. 13. pr. l. 45. citt.). Beim Verkaufe zer-

brechlicher Gefäße wird das Versprechen der Schadlosigkeit und Uebernahme jener weiteren Haftung vermuthet (l. 6. §. 4. D. a. e. e. v.).

Wird in genere gekauft, so muß irgend eine Qualität irgendwie versprochen sein, wenn der vorkommende Mangel von Folgen sein soll. Kann man von der gelieferten Waare blos sagen, daß sie von „minderer, geringer Qualität" sei, so liegt, wenn keine bessere versprochen wurde, ein Mangel überhaupt nicht vor. Erscheint sie dagegen als „fehlerhaft" (krankhaft 2c.), so ist sie jedenfalls mangelhaft, und wenn nur nicht das Gegentheil bedungen wurde, von rechtlicher Bedeutung, nicht „empfangbar"; allein unseres Erachtens überall nicht ohne Versprechen (Thöl, Handelsr. I. §. 82.), sondern kraft Versprechens, indem man im Zweifel annehmen muß, daß der Verkäufer, der „Früchte" verspricht, unverdorbene Früchte — wer „Vieh", gesundes Vieh verspricht (cf. l. 6. §. 4. D. a. e. e. v.) u. s. f. Wer Früchte 2c. in specie verkauft, verkauft diese Früchte; wer Früchte in genere, irgendwelche Früchte; dort ist Auslegung überflüssig, hier nothwendig; es wäre mehr als Auslegung, wenn man in den Verkauf dieser Früchte das Versprechen hineintrüge, daß sie unverdorben seien; es ist nichts als Auslegung, wenn man in den Verkauf von „Früchten" den Verkauf unverdorbener hineinlegt. — Wenn beim Kauf in genere Mangelhaftes geleistet wird, ist also ein Versprechen unerfüllt. Der Inhalt dieses Versprechens ist ein ganz anderer, als der des Versprechens: pecus sanum esse, servum fugitivum non esse etc. beim Verkauf in specie. In diesem letzteren Falle ist, wie wir wissen (S. 491.) nur buchstäblich die Gesundheit, in der That aber ein Ersatz für allenfallsige Krankheit versprochen; in unserem Falle dagegen ist, zunächst wenigstens und unmittelbar, die Leistung gesunder Thiere 2c. versprochen. Wenn eine Krankheit zu Tage kommt, ist dort das Versprechen „verwirkt", hier noch unerfüllt; dort kann nur auf Prästation des Mangels und allenfalls Schadens, oder redhibitorisch, hier muß auf Erfüllung, oder wenn es dazu (vermöge eines ausdrücklichen oder in der Natur der Sache gelegenen dies) zu spät wäre, wegen Nichterfüllung geklagt werden. Durch welche Folgerungen man außerdem noch zu einer Klage auf Rescission des Contractes, ferner auf etwas wie quanti minoris actio (Decort des Kaufpreises) gelangt (Thöl, a. a. O.

§. 83. Nr. 2.), will uns, wenigstens nach dem römischen Standpunkte, der dabei eingenommen wird, nicht einleuchten. Tragen vielleicht Vorstellungen aus dem hier abzuweisenden ädilicischen Edict dazu bei? unter anderem das „zur Disposition stellen", das einer redhibitio gleich steht, aber nicht gleich ist?

ad γ. Außer dem dolus, der die schuldige Tradition unmöglich macht, und also mit unter der Verpflichtung zur Tradition begriffen ist, kann sich Verkäufer einen solchen beim Abschlusse des Contractes selbst beikommen lassen, und wofern Käufer dadurch zu Schaden kommt, haftbar werden. Einen solchen dolus fanden wir schon unter den Gründen der Prästation wegen Eviction (l. 11. §. ult. in fin. D. a. e. e. v. cf. §. 15. §. 16. eod. l. 6. §. 9. eod.), wegen Schadens aus Mängeln (s. oben S. 489 u. 490.); er kommt aber außerdem in den verschiedensten Gestalten vor [*l. 1. §. 1. in fin. l. 39; l. 13. §. 6; l. 21. §. 1; l. 41. D. a. e. e. v.; — l. 35. §. ult. l. 63. §. 1. D. c. e.; — l. 32. a. e. e. v. etc.*], und nach den Anforderungen des b. f. negotium überall zur Abbüßung (l. 68. §. 1. D. c. e. l. 1. §. 7. D. dep. 16, 3. s. jedoch l. 57. §. ult. in fin. D. c. e.).

Durch Abschluß des Kaufcontractes verpflichtet sich

2) der Käufer

a) zur Vergeltung α) der Waare, durch Zahlung des Preises (l. 13. §. 20. D. a. e. e. v. l. 11. §. 2. eod. in fin.) und sonst etwa bedungener Leistung [S. 480 a. E. des ersten Abs. *l. 13. §. 30. l. 21. §. 4 — §. 6. eod.: — quasi in partem pretii ea res sit; — l. 13. §. 23. §. 24. eod.*]; — β) des Nutzens, den er aus der Waare vor Zahlung des Preises hat, durch Verzinsung des letzteren (l. 13. §. 20. §. 21. D. eod. l. 5. C. peric. et comm. 4, 48.); — γ) der Kosten, die Verkäufer aus der verkauften Sache noch nach dem Verkaufe hat (l. 13. §. 22. D. a. e. e. v.); —

b) zur Prästation des dolus (l. 13. §. 5. l. 32. D. eod.). —

Für alle diese Verpflichtungen geben die Quellen einen doppelten Grund an: Uebereinkunft (Vertrag) und Natur des Geschäftes (l. 11. §. 1. D. eod.); nicht als ob nicht auch Uebereinkunft zur Natur des Geschäftes gehörte, sondern weil einige Verpflichtungen in ihm vorkommen, die nicht auf Uebereinkunft

beruhen (S. 490 unten; S. 496 ad γ.), und manche Verpflichtungen, die nicht schon in seiner Natur liegen, erst durch Uebereinkunft hinzukommen (s. z.B. l. 13. §. 23. §. 24. eod.). Ohne Uebereinkunft in Waare und Preis ist das Geschäft unmöglich; sie also ein unwandelbarer Theil seiner Natur (Essentiale). Fast alles was außerdem noch in seiner Natur liegt, ist wandelbar; nur nicht die Haftung wegen dolus und was sonst noch mit der Eigenschaft des Geschäftes als b. f. negotium zusammenhängt.

Es hängt aber mit letzterer noch zusammen eine gewisse Gegenseitigkeit zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen: worauf wir nicht nur die Compensation zwischen den zufällig auf beiden Seiten aus demselben Geschäft erwachsenen Schulden oder Verpflichtungen (§. 30. J. act. 4, 6.), und das Retentionsrecht zwischen den beiderseitigen wesentlichen Verpflichtungen (l. 13. §. 8; l. 25. D. a. e. e. v. l. 5. §. 4. D. exc. dol. 44, 4. l. 5. C. evict. 8, 45. Gaj. IV. 126a), sondern auch den Grundsatz, nec emtio nec venditio sine re quae veneat (S. 478 u.) sowie die Regel rechnen können, daß Käufer vor Zahlung des Preises nicht Eigenthümer werden soll (S. 485. Z. 2 v. unten; §. 41. J. rer. div. 2, 1. l. 19. l. 53. D. c. e.).

§. 114. Fortsetzung.

Wir haben in unseren Quellen eigene Titel „de rescindenda venditione" (D. 18, 5. C. 4, 44.), dürfen uns aber dabei nicht etwa den naturgemäßen Gegensatz zu den Titeln de contrahenda emtione et venditione (D. 18, 1. C. 4, 38.), auch nicht obenhin blos irgend eine Lösung der aus dem Contract entsprungenen Obligationen, sondern nur eine „Wiederauflösung" des Contractes — Vernichtung der Wirkungen durch Aufhebung der Ursache — denken. Gründe der Wiederauflösung, die dem Kauf nicht eigen, oder doch nicht bei ihm daheim sind, haben wir theils früher schon kennen gelernt (§. 36—39. s. bes. S. 125. Z. 2. l. 10. pr. und l. 5. l. 8. ab in. C. eod.), theils werden wir sie später noch kennen lernen, unter den Bedingungen, und der Aufhebung der Obligationen; Gründe der Wiederauflösung, insonderheit oder ursprünglich der emtio venditio liegen in der Waare (S. 492.), oder im Preise (bei der

s. g. laesio enormis — l. 2. l. 8. in fin. C. h. t. 4, 44.). Was insbesondere die Rescission wegen laesio enormis anlangt, scheint uns vor allem die vernachlässigte Frage aufgeworfen werden zu müssen, ob die bloße Thatsache, daß unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft sei, zur Begründung der rescissorischen Klage ausreiche, oder ob neben dieser Caption auch Umstände dargethan werden müssen, welche die Rescission als gerecht und billig („humanum" l. 2. cit.) erscheinen lassen. Im letzteren Falle wäre das Verfahren dem einer i. i. restitutio ähnlich (S. 113.), und ein Kauf unter der Hälfte nicht schon an und für sich als ungerecht oder unbillig gedacht; im ersteren Falle dagegen die Verletzung lediglich um deswillen, weil sie sehr groß ist, ungerecht — Recht und Unrecht gewissermaßen nach Zentner und Pfund gewogen. Im ersteren Falle würde sich diese Restitution von den i. i. restitutiones wesentlich nur dadurch unterscheiden, daß, aus besonderer Rücksicht auf die Natur des Kaufes (l. 16. §. 4. D. min. 4, 4. l. 22. §. 3. l. 23. D. loc. 19, 2.), die Restitution hier erst nach einer gewissen Größe der Caption statthaft wäre, während die i. i. restitutio nur propter minimam rem unterbleibt (S. 113.); im anderen Falle dagegen wäre sie vielmehr dadurch ausgezeichnet, daß es hier keiner weiteren causa bedarf. Daß wir im ersteren Falle weniger ausnahmhaftes, und insofern vorzüglicheres Recht hätten, wird nicht bezweifelt werden; das entgegengesetzte Recht läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn jene größere Ungleichheit zwischen Waare und Preis an und für sich gegen die bona fides des Kaufes verstößt, wie Chambon (Beiträge zum Obligationenrecht, I. Bd. S. 139 fg.) — der übrigens dem Grunde unserer Verordnung zuerst tiefer nachgegangen ist — annimmt. Betrachten wir die Quellen, so setzen die einschlägigen Constitutionen (l. 2. l. 8. citt.) wenigstens dem Wortlaute nach zur Rescission blos die Verletzung über die Hälfte voraus; anderseits fehlt es aber nicht an Anspielungen auf das Wesen der i. i. restitutio [*l. 8. cit. ab init. l. 15. C. h. t. Quisquis major etc. l. 13. eod.*], und die bona fides möchte vor allem Aufrechthaltung dessen, worüber man übereingekommen ist, fordern (vgl. l. 13. l. 8. citt.). Wäre der Kauf unter der Hälfte gegen die b. fides, so wäre er malae fidei negotium, und dennoch ad . . malae fidei pro-

bationem hoc solum non sufficit, quod . . . minoris distractum esse commemoras [*l. 4. eod.* Zu „*minoris*“ vgl. *l. 2. eod.*]. Man sieht auch schwer ein, wie der Nächstbeste, der seine Waare um jeden Preis losschlägt, z. B. um Geld für die Lotterie, oder sonstige Speculation zu schaffen, nachträglich an unsere „Humanität“ soll appelliren dürfen. Hat die Rescission wegen zu geringen Preises demnach den allgemeinen Grund der b. fides des Kaufes nicht für sich, so kann sie nur entweder keinen, oder wo sie gegründet ist, einen besonderen Grund, kurz die Natur der i. i. restitutio haben. Wir glauben nun aber nicht, daß l. 2. und l. 8. citt. eine grundlose Rescission gewollt haben, und stellen darum ihrem allgemeineren Wortlaute die Voraussetzung einer justa causa unter. Die Ausnahmen von der Statthaftigkeit der Rescission, welche man nach der entgegengesetzten Annahme machen muß (vgl. Sintenis, a. a. O. §. 116, S. 634 fg.), fallen für uns hinweg. Der besondere Grund wird aber vorzugsweise in der echten Noth z. B. desjenigen liegen, der aus Nahrungssorgen ꝛc. verkaufen muß, und keinen besseren Käufer findet. Auch entschuldbarer Irrthum ist denkbar, womit ohnehin unter die gewöhnlichen Gründe der i. i. restitutio eingelenkt wird. (S. 123. Nr. 3.). Quellenmäßig, zur möglichsten Wahrung des Vertragsrechtes, hat aber der Verkäufer das Vorrecht, durch Nachzahlung bis zum „justum pretium“ sich bei der Sache zu erhalten. — Gibt man unserer Rescission die allgemeinere Grundlage der i. i. restitutio, so läßt sich ihre Ausdehnung auf den Fall der Uebervortheilung des Käufers (um ein alterum tantum), und auf andere, kaufartige, Geschäfte nicht so schlechthin verwerfen, wie dies vordem namentlich durch Cujacius, neuerdings durch Göschen, Puchta, Sintenis u. A. geschehen ist [vgl. Chambon's dogmengesch. Darstellung dieser Frage, a. a. O. S. 116 fg. Vang. §. 611. Anm.]. Die rescissorische Klage selbst wollen wir aber um deswillen keineswegs als förmliche i. i. restitutio bezeichnet oder behandelt wissen; die Wiederauflösung des Kaufes kann hier und in anderen Fällen, so sehr dies ein Widerspruch zu sein scheint, durch die Kaufsklagen selbst durchgesetzt werden (vgl. l. 4. pr. D. leg. comm. 18, 3. l. 4. §. 4. in fin. l. 16. D. in diem add. 18, 2. l. 62. §. 1. D. c. e.; — Vang. a. a. O. Nr. IV.).

§. 115.

Mieth- und Pachtforderungen.

1) Das Geschäft, aus dem diese entspringen, heißt locatio conductio; „Verstellung“ „Anlegung“ (locatio)', vielleicht nach dem Muster der pecuniae collocatio; vielleicht ist pecuniae collocatio die ursprüngliche Einheit, rerum locatio eine spätere Distinction; oder pecuniae collocatio das ältere Wort statt rerum locatio, aber später auf Geld beschränkt. Immerhin dürfte man früher von einer „Verstellung“ „Anlegung“ beweglicher, als unbeweglicher Sachen, und früher von einer Anlegung der Sachen, als der Dienste und Arbeit gesprochen haben. Auch das „Heimführen“ (conducere) fängt natürlicher bei Sclaven und Vieh als bei Grundstücken an, und kann aus einer Abholung von Arbeitern zu einer von Arbeiten geworden sein (Plautus, Mercator, III. 4. in fin. IV. 2. v. 6, 15. IV. 4. v. 29. Aulul. II. 4. v. 1. III. 3. v. 9. etc.). Wir können immer noch blos Arbeiter, nicht Arbeiten „dingen“. — Das opus — wiewohl ein oft unsichtbares Product aus Arbeit und Sachen (z. B. l. 11. §. 3. l. 13. §. 1. §. 3. D. loc. cond. 19, 2.) flößt uns doch allgemein die Vorstellung einer Sache ein. Da diese des Bauherrn, Versenders ꝛc. ist, versteht sich, daß er sie verstellt; da sie diesmal Nutzen gewissermassen in sich aufnimmt, statt abgibt, versteht sich, daß diesmal der Locator zahlt. Die a) Demonstratio besteht hier einerseits in Bestimmung der Sachen, Arbeiter, Arbeiten, Werke, welche verstellt, angelegt (verpachtet, gepachtet — vermiethet, gemiethet — verdungen, gedungen); anderseits in der des Entgeltes — Miethzinses, Pachtschillings, Lohnes (merces, pensio) — welche dem Locator, oder von ihm gereicht werden sollen. Denn die Anlegung ist wesentlich eine vergeltliche. Bei der l. c. operis hat der Entgelt die Natur eines Kaufschillings (vgl. den Namen „redemptor“ bei Festus sub h. v. ed. O. Müll. p. 270. und noch in l. 60. §. 3. l. 51. §. 1. l. 29. (?) l. 30. §. 3. D. h. t. l. 12. §. ult. usu et hab. 7, 8.) und muß wie dieser in Geld bestimmt werden; bei der l. c. rerum und operarum mehr die des Zinses, und kann denn auch in einer Quote der natürlichen Früchte des Pacht- oder Miethobjects bestehen (l. 21. l. 8. C. h. t. 4, 65. vgl. den colonus partiarius in l. 25. §. 6. D.

h. t.). Außer dem Pacht- oder Miethobjecte selbst kann (bei der l. c. rerum) auch noch dessen Werth bestimmt werden (l. 54. §. ult. D. h. t.); namentlich kommen solche Schätzungen bei der Landpacht, in Ansehung des dem Pächter mitübergebenen Inventars vor (l. 3. D. eod.). — Auf der anderen Seite handelt es sich um Bestimmung der merces; wenn diese den Charakter des Zinses hat, häufig in Raten und Terminen (l. 24. §. 2. D. eod. „— pensionibus —" cf. l. 24. §. 5. l. 32. l. 58. §. 2. eod.); bei der l. c. operis bald in Bausch und Bogen, bald nach Stücken, Schuhen 2c. (l. 35 pr. l. 36. l. 30. §. 3 eod.). — Die b) Conventio bekommt hier leicht den Zusatz von Zeitbestimmungen, wie lange Pacht und Miethe dauern (l. 24. §. 2. §. 5. l. 13. §. ult. l. 14. l. 19. §. 6. eod.), wann der Dienst, die Leistung stattfinden (l. 24. §. 3. eod.), wann die Arbeit (opus) fertig sein soll (l. 13. §. 10. „— dies efficiendi —" l. 58. §. 1. eod.). Ueberall hier ist die Zeitbestimmung nicht blos Einschränkung des Forderungsrechtes, sondern zugleich Bestimmung des Gegenstandes der Leistung, was für den Gegenstand und Grund der Klage, wenn jener dies versäumt wird, nicht gleichgiltig ist (vgl. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung §. 19.). Zu den Zeitbestimmungen zieht man auch unsere Kündigungsfristen: wie sie vorzüglich bei Hausmiethe und Einstellung von Dienstboten, wo nicht vertragsmäßig, kraft Gewohnheit vorkommen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Kündigungsfrist den tieferen Grund eines — beiderseitigen und einseitigen — Kündigungsrechtes hat; daß dieses bei Landpacht, Hausmiethe, Dienstmiethe, ja überall wo die merces zinsartig ist, naturaliter platzgreift, und daß ein dies, wie lange Pacht und Miethe dauern sollen, nichts anderes als ein Ausschluß dieses Naturale —; daß endlich die Kündigungsfrist nur eine Beschränkung (dies) des Kündigungsrechtes ist. Auch bei Geldanlegung, vorzugsweise bei der zinslichen, haben wir Kündigungsfristen! (vgl. S. 167 oben). — Bedingungsartig scheint bei der l. c. operis der Vorbehalt der Genehmhaltung (l. 24 pr. vgl. l. 36. l. 37. l. 62. eod.); indessen betrifft er nicht den Abschluß, sondern nur die Erfüllung des Vertrages. Eine Willkür, wie der gustus etc. beim Kaufe, ist diese Genehmhaltung nicht [***l. 24. cit. arg. l. 37. cit. — si tale opus fuit, ut probari deberet***]. —

Dagegen kommen auch hier Versteigerungen: an den Meistbietenden oder Wenigstnehmenden — vor, und darin dieselben Bedingungen, wie beim Kauf (S. 483.). Vorschriften über Art und Umfang des Gebrauches, der Bewirthschaftung (l. 11. §. 1. §. 4. l. 25. §. 3. l. 30. §. 2. l. 51. pr. eod.) haben die Natur eines Modus; ihre Nichterfüllung wird aber unter dem Gesichtspunkt der culpa gewürdigt (ll. citt.). — Auch Exceptionen (z. B. l. 19. §. 3. eod.) und Accessionen (z. B. l. 3. eod.) können vorkommen; und von den letzteren auch hier manche stillschweigend (l. 19. §. 2. eod.). — Hier wie beim Kaufe endlich ist die Conventio mit der Einigung über den Entgelt da (l. 2 pr. eod.); aber auch hier muß letzterer in derselben Weise wie beim Kaufe (S. 480.) bestimmt sein (l. 25. eod. pr. §. 1. J. h. t. 3, 24.).

2) Verpflichtet wird der Locator, auch ohne besonderes Geding (cf. l. 15. §. 1. eod.), bei der l. c. rerum zur Verleihung, oder aber Prästation einer Gebrauchsbefugniß [*l. 9. pr.* §. 1. *l. 15.* §. *1.* §. *2. in fin. l. 24.* §. *4. arg. l. 27. pr. D. h. t.* — entweder an den Conductor selbst, oder an dessen Aftermiether — *l. 60. pr. cf. l. 3. C. l. 30. pr. l. 58. pr. D. eod.*] — was bei der Landpacht hart an den Verkauf von Früchten streift [*cf. Festus, s. v. „venditiones“ ed. O. Muell. p. 376.* Niebuhr, R. Gesch. II. Anm. 3. Aufl. S. 157.]; ferner zur Instandsetzung (l. 15. §. 1. eod. l. 19. §. 2. eod.) und Instandhaltung der Sache (l. 25. §. 2. cf. l. 58. §. 2. eod.) oder aber zur Deckung der nothwendigen und nützlichen Auslagen (l. 55. §. 1. cf. l. 61. pr. l. 9. §. 1. eod. — natürlich auf die Sache, nicht auf die Früchte cf. l. 7. §. 16. D. sol. matr. 24, 3.); jedoch manchmal scheint stillschweigend ein anderes bedungen (z. B. bei der Miethe von Pferden, hinsichtlich der Fütterung); zur Bestreitung der Grundabgaben und Lasten (l. un. §. 3. D. via publ. 43, 10. vgl. Unterholzner, Schuldvh. II. S. 336. not. e. Vang. §. 641. Anm. 2.); endlich zum Ersatz von Schäden, die sich entweder aus der Versäumung obiger Pflichten (l. 24. §. 4; l. 35. pr. l. 27. pr. eod.), oder durch Verschuldung beim oder nach dem Contracte ergeben sollten (l. 19. §. 1. l. 9. §. 3. §. 1. eod.: — quid tamen etc.); — — bei der l. c. operarum zur fleißigen und achtsamen Ausrichtung

der übernommenen Arbeit oder Dienste (arg. l. 51. §. 1. D.; l. 22. C. h. t.); — — bei der l. c. operis endlich zur „Acceptirung" oder Verrichtung der richtigen Arbeit (l. 36. l. 30. §. 3. eod. cf. l. 7. §. 2. D. ad l. Jul. rep. 48, 11.), und darnach zur Zahlung des Lohnes, der Accordsumme ꝛc. (argg. ll. citt.). — — Der **Conductor** übernimmt sonst die Zahlung des Zinses, Preises; bei der l. c. operis die Herstellung des opus; — bei der l. c. rerum insbesondere dereinstige Restitution des Pacht- oder Miethobjectes [*arg. l. 6. D. h. t.; l. 34 (33) C. eod.; l. 48. §. 1. D. l. 25. Cod. eod. cf.* Unterholzner a. a. O. S. 340. Puchta P. §. 366. *not. m.;* in Betreff der s. g. *l. c. irregularis* vgl. *l. 31. eod.* S. 439 unten u. fg.], Prästation von omnis culpa (l. 9. §. 3 — §. 5. l. 11. §. 1. §. 2. l. 25. §. 8. D. h. t.), möglicherweise sogar des casus (l. 9. §. 2. l. 30. §. 4. eod.), namentlich bei ästimatorischem Contracte (l. 54. §. ult. eod.). Im Zweifel ist aus der aestimatio sogar auf Veräußerung zu schließen (l. 3. eod.), dann aber nichtsdestoweniger der Conductor nicht ganz wie der gewöhnliche Käufer zu behandeln (Unterholzner, a. a. O. S. 342. III.). Culpam omnem prästirt auch der conductor operis (l. 25. §. 7. l. 13. §. 1. §. 5. §. 6 eod.).

Innerhalb dieser beiderseitigen Verpflichtungen waltet wiederum eine gewisse Gegenseitigkeit ob. Was vor allem die wesentlichen Verbindlichkeiten, einerseits zur Gebrauchsverleihung und Arbeit, anderseits zur Bezahlung anlangt, so können wir sagen: „Kein Zins ohne Nutzen; kein Lohn ohne Arbeit." Darin liegt 1) ein Satz, den wir dem Kaufsrechte nachbilden: Nulla locatio conductio sine re. Ohne ein wirklich vorhandenes Pacht- oder Miethobject ist auch locatio conductio vornherein unmöglich, oder doch nur als alea möglich (vgl. Mommsen, a. a. O. S. 138. unten, cf. l. 15. §. 2. in fin. eod.). 2) Auch nach Abschluß der locatio conductio wird der rerum, operarum conductor, sowie der operis locator, **ohne** daß ihm res, opus, operae geleistet werden, keinen Zins oder Lohn schuldig. Daraus folgt, daß durch den Abschluß des Contractes die Gefahr nicht auf ihn übergeht [*l. 15. §. 2. in fin. — si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit; — l. 36. eod.*] — ganz anders als beim Kaufe, wo

sofort durch den Kaufsabschluß res, und damit periculum rei, in bonis des Käufers ist (§. 3. J. empt. et vend. 3, 23.). Die Gefahr, welche demnach, trotz Perfection des Contractes, a) bei der l. c. rei beim locator bleibt, besteht darin, daß ihn der Verlust nicht nur der Sache, sondern auch des Zinses vom Augenblick des Unterganges an trifft (l. 19. §. 6. l. 30. §. 1. l. 33. in fin. eod.). In diesem letzteren Theile (als Verlust des Zinses) kann sie eintreten auch ohne Untergang der Sache (l. 15. §. 2. l. 25. §. 6; l. 27. §. 1. §. 2. l. 35. pr. eod.), genug daß der Conductor die Sache nicht brauchen kann, oder doch, in gerechter, wenngleich unbegründeter, Furcht nicht zu brauchen wagt (l. 27. §. 2. eod.); nur darf die Gebrauchsunmöglichkeit nicht am Conductor selbst liegen (l. 55. §. 2. cf. l. 38. pr. §. 1. eod.). Würde sie am Locator liegen, so wäre der Conductor überdies zum Interesse berechtigt (l. 33—l. 35. pr. eod.). Liegt aber wirklich ein casus vor, so muß bei der Landpacht von dem Unfall, der das Grundstück selbst trifft, noch der Unfall, der Aussaat und Ernte trifft, unterschieden werden. Letzterer begründet nur dann einen Zinsnachlaß (remissio), wenn er bedeutend (l. 25. §. 6. eod.) und außerordentlich (l. 15. §. 2. §. 3. eod.) ist, und auch hier nur insoferne, als er nicht durch außerordentlichen Gewinn aufgewogen wird (l. 15. §. 4. eod. l. 8. C. eod.). Bei der b) l. c. operis bleibt die Gefahr insofern beim Conductor, als er im Unfall umsonst arbeitet (l. 15. §. 6. l. 36. l. 59. D. eod.); ohnehin gehen Sachen und Auslagen, wenn er solche in das Unternehmen gezogen oder verwendet hat (z. B. l. 15. §. 6. l. 13. §. 2. D. eod.) ihm zu Grunde. Erst die Acceptirung des opus, oder wenn es noch vor seinem Untergange derart fertig wurde, daß es acceptirt werden mußte, wälzt die Gefahr auf den Locator [l. 36. eod.: Si tamen vi majore etc. spricht von einem fertigen opus; l. 37: si tale opus fuit etc. enthält eine Corrective; l. 62 spricht ebenfalls von einem fertigen opus; die Note von Paulus enthält abermals eine Corrective, dieselbe wie l. 37, nur auf den vorliegenden Fall angewandt.] Bei Stücklohn braucht nicht Alles fertig zu sein, damit der Conductor außer Gefahr komme: l. 36. l. 30. §. 3. — an etiam imperfectum metiri oporteret? Respondit etiam imperfectum; bei Taglohn scheint darauf anzu-

kommen, ob der Conductor gleichwohl noch für die Tüchtigkeit des Ganzen einzustehen hat, oder nicht: arg. l. 51. §. 1. eod. Mit uns im Wesentlichen Puchta, P. §. 368. — Buchholtz (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. VIII. Nr. 1.) u. A. kommen über der Vernachlässigung unseres Grundsatzes: kein Lohn ohne Arbeit — auf entgegengesetzte Resultate. Daß der „Werkmeister, wenn er sein Werk zu $^{99}/_{100}$ vollendet, und es jetzt zufällig zu Grunde geht, nichts, wenn er aber $^{1}/_{100}$ mehr fertig hat, den vollen Preis fordern kann" — Buchholtz a. a. O. S. 4. — darf nicht auffallen; denn indem der Lohn für ein „opus" versprochen wird, wird er für etwas Fertiges, Ganzes versprochen. Allerdings braucht er dem Unternehmer nicht mehr zu prästiren „quam quod sua cura atque opera consecutus esset" (l. 36. in fin.); allein was er seinerseits zu bewirken und herzustellen hat, ist eben das Ganze. Die lex Rhodia de jactu gehört, wie schon die Pandecten zeigen, an einen anderen Ort (s. dag. z. B. Puchta §. 368. u. 369.). — Endlich kann 3) der Zins nicht vor dem Nutzen, der Lohn nicht vor der Arbeit gefordert werden, wohl umgekehrt der Nutzen und die Arbeit vor ihrem Entgelt: arg. l. 24. §. 2. — wieder anders als beim Kauf, wo gegenseitiges Retentionsrecht stattfindet. — Auch die Verpflichtungen aus Kosten und Schäden kommen in Betracht, sowohl gegen den Anspruch auf Restitution der Sache, als gegen den auf Zahlung. Allein hier muß anstatt Abweisung der vorzeitigen Klage (l. 61. pr. h. t.) wo möglich Compensation eintreten (l. 25. §. 2. l. 27. pr. eod.).

Diese Verpflichtungen und die ihnen entsprechenden Forderungen — actiones, locati, conducti — haben in dem Vertrage wohl sämmtlich ihren Ursprung, aber nicht auch sämmtlich ihren alleinigen Grund. Nur actio conducti auf Einräumung der Sache ist reine Vertragsforderung; den übrigen gibt die Nothwendigkeit einer Vorausleistung, eines Aufwandes, eine reale — die Nothwendigkeit einer Verschuldung eine delictartige Beimischung.

Die Aufhebung oder Endigung der locatio conductio, von der Aufhebung der aus ihr erwachsenen Verbindlichkeiten und Schulden ebenso verschieden, als die Aufhebung des Mandats und der Societät von der der Mandats- und Societätsforderungen, ist nichts anderes als eine Aufhebung der ferneren

Wirksamkeit des Contractes. Sie muß also nicht blos von der Aufhebung der Pacht- und Miethforderungen (vgl. Puchta §. 369. 2. Abs. Unterholzner a. a. O. §. 497.), sondern auch von der bloßen Aufhebung des factischen Verhältnisses zwischen Locator und Conductor unterschieden werden; die Vertreibung oder Flucht z. B. des Pächters als solche hebt auch die fernere Wirksamkeit des Contractes nicht auf (vgl. S. 184. unten u. S. 185.). In Wahrheit erfolgt sie entweder durch Ablauf der Zeit [bei der „*temporalis conductio*" *l. 10. C. h. t.* s. oben S. 501. b.] wo jedoch stillschweigend eine „*relocatio*" vorkommen kann: *l. 13. §. ult. l. 14 eod.* vgl. Puchta, Vorl. §. 369. Unterh. a. a. O. *I.*], oder durch Kündigung [*a)* von der einen wie von der anderen Seite bei der „*perpetua conductio*" d. i. der unbefristeten *l. conductio* — *l. 10. cit.* — *cf. l. 33. (?) C. l. 4. l. 13. §. ult. h. t. In urbanis autem etc.* Vang. §. 643. Anm. 1. *ab init.*; — *b)* von Seite des Locators: aus Schuld *(l. 54. §. 1. l. 56. D.; l. 3. C. in fin.; l. 60. §. 4. eod.)*, nach der Praxis auch wegen Noth (Concurs) des Conductors (Seuffert, pract. Pandr. §. 331. Anm. 10.); ferner aus Anlaß der Sache selbst (reparaturhalber), oder eigenem dringendem Bedürfniß *(l. 3. C. cit.)*; *c)* von Seite des Conductors: aus Anlaß der Sache selbst *(l. 25. §. 2. l. 27. §. 1. l. 60. pr. eod. cf. l. 28 D. damn. inf. 39, 2. — propter emigrationem inquilinorum, quod ex justo metu factum est — l. 29. eod.)*; aus Schuld des Locators (vgl. *l. 60. pr. cit.*), woferne der Conductor es nicht etwa vorziehen sollte, beim Contracte zu verbleiben, um seines Interesses wegen der noch übrigen Zeit willen *l. 24. §. 4. D. h. t.*; hier ist von keinem *relinquere conductionem* die Rede, wie in *l. 25. §. 2. cit.*]; endlich durch zufällig und in der Sache selbst eintretende Unmöglichkeit fernerer Benützung oder Arbeit [*l. 9. §. 1. eod. — non magis quam insula exusta teneretur locator conductori — l. 15. §. 6. eod. etc.* Der Tod des Locator oder Conductor hebt an und für sich nicht auf: *l. 10. C. l. 19. §. 8. eod. §. 6. J. h. t.*; allein der des *conductor operis* und der des *locator operarum* kann nach Art der Arbeit, häufiger noch im Sinne des Contractes *(„et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat")* zu einer in der Sache selbst eintretenden Unmöglichkeit werden *(cf. l. 31. D.*

solut. 46, 3. Unterholzner, a. a. O. §. 497. *III.*). Von der Gebrauchsunmöglichkeit ist die bloße Gebrauchsschwierigkeit, und von dieser bloße Unbequemlichkeit zu trennen; letztere muß getragen werden *(l. 27. pr. D. h. t.)*; die bloße Schwierigkeit führt erst zur Kündigung; nur die Unmöglichkeit macht der *l. c.* selbst ein Ende. Die Endigung des Vermiethungs- oder Verdingungszweckes (Unterh. a. a. O. ab init.) fällt überall mit einem gewissen Zeitablauf zusammen.

Wo vornherein einseitiges Kündigungsrecht besteht, kann nicht schon der Vertrag an sich als bindend gedacht werden (vgl. S. 466. Z. 16.); nur insoferne und dadurch, daß dasselbe nicht ausgeübt, der Gebrauch der Sache also eingeräumt, die Arbeit fortgesetzt wird, entstehen actiones locati conducti. Wo dasselbe nachträglich eintritt, gilt von da an dasselbe [*l. 13.* §. *ult. D. h. t. in fin.* „— *ut prout quisque habitaverit, ita obligetur* —"].

§. 116.

Ungenannte Vertragsforderungen.

Wo, wie bei uns, die Verbindlichkeit formloser Verträge zur Regel geworden ist, müssen ebensoleicht ungenannte Consensualcontracte, als Realcontracte, vorkommen; ja wir haben schon früher bemerkt, daß in einem Theil der Fälle, wo bei den Römern re contrahirt wurde, heutigen Tages häufiger bereits consensu contrahirt sein wird (S. 444 unten). Für die daraus entspringenden Forderungen müssen wir uns, was Gegenseitigkeit, Prästation von Gefahr und Schuld, anlangt, theils an die allgemeinen Lehren hierüber, theils, wie bei den ungenannten Realcontracten (S. 446. §. 106. a. E.), an die nächstverwandten genannten Contracte halten. Sollten wir für dieselben eines römischen Namens bedürfen, so müßten wir den der praescriptis verbis actiones auch für sie in Anspruch nehmen.

B. Delictsforderungen.

§. 117.

Begriff und Arten.

In jedem Delicte stoßen wir 1) auf ein **Uebel**, welches durch das Delict angerichtet wird. Darum hat es auch den anderen Namen: „Uebelthat“ (maleficium z. B. l. 5. §. 2—§. 6. D. o. et a. 44, 7.). In diesem Uebel besteht die factische Wirksamkeit des Delictes. Als eine „Rechtsverletzung“ (im Sinne der Verletzung „eines“ Rechtes), in welcher Wächter (Handb. d. würt. Privr. II. §. 109. Nr. 1.), Savigny (Obligationenr. II. §. 51. S. 3. §. 82.), Puchta (Pand. und Vorl. §. 261.) u. A. die factische Wirksamkeit des Delictes zu erblicken scheinen, dürfen wir unser Uebel nicht umschreiben; die Injurie z. B. ist Delict, aber Verletzung nur eines Rechtssubjectes, nicht eines Rechtes; so mancher dolus ist Delict, und schlägt zum Schaden des Hintergangenen aus; wir würden aber Mühe haben das Recht zu nennen, das verletzt ist (z. B. l. 8. l. 18. §. 3. D. dol. mal. 4, 3.); das interdictum quod vi aut clam entspringt aus einem Delict, bei welchem Delinquent ebensowohl sein eigenes Recht ausgeübt, als das des Prohibenten verletzt haben kann (S. 232. §. 66. Nr. 1. Z. 16. v. unten und fg.) u. s. f. Wenn man freilich mit Puchta (Vorl. a. a. O.) ein von allen faßbaren Rechten getrenntes und über sie erhabenes „Recht der Persönlichkeit“ aufstellt, wird aus den meisten Delicten eine Rechtsverletzung gemacht werden können; allein selbst dann nicht aus allen; wir wenigstens wüßten den Weg z. B. von dem interdictum ne quid in loco sacro fiat zu dem Rechte der Persönlichkeit nicht zu finden. — In jedem Delicte findet sich 2) eine **Schuld**, welche wir zuoberst als Ursache, Urheberschaft, Anstiftung des Uebels denken müssen — es ist irgendwer „an diesem Uebel schuldig“. Allein schon der römische Ausdruck für diese Schuld ist „culpa“ und „dolus“, also schon nach dieser Vorstellung keine Schuld ohne Willen —: ohne daß der Uebelthäter das Uebel will (dolus), oder ohne daß er dasselbe nicht **nicht** will (ohne daß er es vermeiden konnte, wenn er wollte — culpa e. S. — Fahrlässigkeit, Gleichgiltigkeit). Endlich muß, damit aus der wollenden Ursache eine Schuld werde,

ein Unrecht hinzukommen. Wer seine werthvolle Sache geflissentlich zerschlägt, stiftet ein Uebel, aber kein Delict, weil ohne Schuld, weil mit Recht (l. 151. l. 55. l. 155. §. 1. D. r. j.). Ein Delict hat den Namen „Unrecht" bekommen (injuria); ein anderes ist mit „Unrecht" beschrieben worden (damnum „injuria" datum). Der Nachdruck des Unrechts liegt aber bald in dem Mangel eines Rechtes zu der üblen That („quod non jure factum est" l. 2. pr. l. 5. §. 1. D. ad leg. Aq. 9, 2.), wie bei der Injurie, dem damnum injuria datum, furtum etc. (cf. l. 1. pr. D. inj. 47, 10.), sei es nun, daß damit die Verletzung eines Rechtes (welche nur eine Art des Uebels ist) zusammentrifft oder nicht; oder in der Ueberschreitung eines Verbotes (wie bei den Interdictsdelicten, und denen gegen die Jurisdiction); — oder in dem Mißbrauch der Form Rechtens zur Ungerechtigkeit (in den Fällen der actio de dolo, quod metus, und Pauliana). — Endlich finden wir jedes Delict 3) rechtlich verfolgbar — rechtliche Folge des Delictes. Die Delictsverfolgung ist aber verschieden in Mittel und Ziel. Theils ist sie Verfolgung der Schuld, und eine Buße (poena) — welche die Entschädigung des in dem Uebel vielleicht liegenden Schadens mitenthalten kann, aber nicht muß, also keineswegs die Größe gerade des Uebels zu betragen, oder auch nur in Geld oder Geldeswerth zu bestehen braucht, — ihr Ziel (poenae persecutio) §. 93 u. S. 52 fg.); theils ist sie Verfolgung des Uebels, eines Vermögensentganges (quod ex patrimonio nobis abest) oder Schadens, und Entschädigung ihr Ziel (rei persecutio — S. 52 fg.); — die Verfolgung selbst aber geschieht entweder judicio publico (später „extra ordinem" l. 8. D. jud. publ. 48, 1. l. 1. §. 3. l. 13. D. poenis 48, 19.), wenn das ***delictum „publicum"*** (oder ***extraordinarium — D. extraord. crim. 47, 11.***), und wo dann auch die ***poena „publica"*** und nicht mehr nothwendig Geld ist, — oder judicio privato: wenn das delictum „privatum" (D. 47, 1.) — nicht etwa blos eine Privatrechtsverletzung, oder auch nur ein Privatübel, sondern möglicherweise ein Gemeinübel, aber in das Privatinteresse gezogen ist. Denn hier ist die Verfolgung „actio" (mit Inbegriff der Interdicte), hiemit auf Geld oder Geldeswerth gerichtet („pecuniaria" S. 388. 2. Abs. Z. 3.), mindestens theilweise zum Vor-

theil des Klägers (was nur in einem Theil der Popularklagen zweifelhaft ist — Keller, Civilpr. §. 92. Anm. 154.). Die Verfolgung des delictum publicum zielt immer auf eine poena (mulcta, supplicium etc. D. poenis 48, 19.); die des delictum privatum bald auf poena (in Geld oder Geldeswerth), bald auf res; die Delictsklagen sind also keineswegs sämmtlich „Strafklagen" (vgl. S. 53. Z. 14. Wächter a. a. O. 795. Anm. 4. Dagegen Savigny a. a. O. §. 82.). Als reipersecutorische (nicht poenale) Delictsklagen möchten zu nennen sein: die in factum actio wegen alienatio judicii mut. c. f. l. 4. §. ult. l. 7. D. h. t. 4, 7; — actio de dolo: arg. l. 13. pr. h. t. 4, 3; doch s. l. 17. §. 1. cf. l. 17. pr. eod.; die actio quod falso tutore auctore gestum est: l. 7. §. 2. D. h. t. 27, 6. trotz l. 9. §. 1. eod.; — die gegen den per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat: l. 1. §. 4. D. h. t. 2, 10. trotz „poena"; — wohl auch die actio Pauliana (wegen l. 10. §. ult. D. h. t. 42, 8.) trotz „poena" in l. ult. §. ult. eod. Die Klage gegen den Mensor, si falsum modum dixerit scheint gar keine Delictsklage mehr zu sein: l. 4. D. h. t. 11, 6. cf. unten Z. 14 v. unten u. fg. — Sowohl als reipersecutorische, wie als Strafklage ist obige actio darauf gerichtet, daß Kläger etwas bekomme, also Forderungsklage (§. 88. §. 90.), hat ihren Grund nicht sowohl in einem weiteren Rechte oder Anspruch des Klägers, als in einem Unrecht des Beklagten („ex delicto datur" — l. 7. D. alienat. jud. mut. 4, 7.). Also finden wir in jedem Delicte ein Uebel und eine Schuld, in jedem (Privatdelicte) eine actio; und diese actio muß, damit sie Forderung und Delictsforderung sei, aus jenem Uebel und Unrecht (ex maleficio, delicto) und zwar lediglich aus diesem entspringen. Forderungen, welche gleichfalls Uebel und Schuld zur Voraussetzung hätten, aber wie z. B. die gegen den Commodatar wegen Vernachlässigung der Sache, auf den anfänglicheren Grund des Contractes zurückgeführt werden müßten, wären keine Delictsforderungen mehr (vgl. Savigny a. a. O. §. 82. S. 293. Puchta, P. §. 261. Wächter a. a. O. §. 114. Nr. 1.). — Innerhalb der poenales actiones (arg. l. ult. D. pop. act. 47, 23.) bewegt sich der Unterschied von actiones privatae, welche die Verletzung eines Privatinteresse nothwendig voraussetzen und nur dem Verletzten oder seinen Erben zustehen — und popu-

lares actiones (auch Interdicte), welche Jedem aus dem Volke (mit selbstverständlicher Einschränkung: l. 4. l. 6. eod.) zustehen, weil in dem betreffenden Delicte ein gemeines Uebel gefunden (z. B. l. 7. pr. D. jurisd. 2, 1. l. 5. §. 5. §. 13. D. his qui effud. 9, 3; — l. 1. D. locis et it. 43, 7. l. 2. §. 34. D. ne quid in loc. publ. 43, 8. l. 1. §. 3. D. via publ. 43, 11. etc.) und aber in das Interesse jedes Einzelnen gezogen wird (z. B. l. 2. §. 34. l. 1. §. 3. citt. vgl. Keller röm. Civpr. §. 92. Anm. 1149. aber auch 154.). In manchen Fällen scheint gemeines und Privatinteresse zugleich verletzt, und wiegt dann die Verfolgung des letzteren vor (l. 5. D. h. t. 47, 23; l. 3. pr. l. 6. D. sepulchr. viol. 47, 12. Keller a. a. O. Anm. 152.).

Einen Begriff des Delictes, wornach auch für Fälle, deren die Quellen nicht gedenken, eine Delictsforderung aufzustellen wäre — ähnlich der ungenannten (praescriptis verbis) actio aus ungenannten Real- und Consensualcontracten — gibt es nicht; der Grundsatz des Criminalrechtes: Nulla poena sine lege — hat schon auf dem Gebiete der Privatdelicte Sinn und Bedeutung. Indessen wollen wir nur so viel behauptet haben, daß es keinen Delictsbegriff gibt, aus dem neue Delictsforderungen abgeleitet werden könnten, — nicht daß es überhaupt keinen Delictsbegriff gibt, oder daß die Römer keinen hatten. Ein Zeugniß für das Dasein eines Delictbegriffes ist das Quasidelict, dessen Begriff darin liegt, daß es den Delictsbegriff nicht vollständig enthält, [was in allen anderen Fällen leichter herzustellen ist, als wenn „judex litem suam fecerit". Die doppelte Abweichung vom Delictsbegriff: peccatum ohne maleficium, nicht eigene Schuld — und die einzelnen Fälle s. in J. h. t. (4, 5.) cf. l. 5. §. 4 — 6. D. o. et a. E. Schrader ad h. t. Corp. j. c. Tom. I.). Auch haben wir in obigen drei Eigenschaften nichts anderes als die Merkmale des Delictsbegriffes ausgesprochen, und jetzt nurmehr zu betonen, daß das Dasein einer Delictsklage aus Uebel und Schuld nicht etwa von uns erst gefolgert werden darf, sondern vom Rechte selbst bereits gefolgert sein muß.

§. 118.

Heutige Geltung der Delictsklagen.

Von den im römischen Recht aufgestellten Delictsklagen sind nun aber viele

1) hinweggefallen, indem

a) die betreffenden Delicte nicht mehr vorkommen können [*actio servi corrupti D. h. t. 11, 3. C. 6, 2;* — die meisten Delictsklagen zum Schutze der Jurisdictio: *de albo corrupto l. 7. D. jurisd. 2, 1; quod quisque juris in alterum statuerit etc. D. 2, 2; si quis jus dicenti non obtemperaverit D. 2, 3; si quis in jus vocatus non ierit D. 2, 4, 5. ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat D. 2, 7.*]; —

b) indem die betreffenden Klagen nicht mehr vorkommen können. Schon im neueren römischen Rechte concurrirte in vielen Fällen mit der Privatverfolgung eine öffentliche; aber es entschied die Wahl des Damnificaten. Nach heutigem Rechte ist die öffentliche Verfolgung von Delicten, durch Polizei oder Gericht, noch viel ausgedehnter, man kann sagen grundsätzlich und allgemein angestrebt (vgl. Heffter, Lehrb. d. gem. d. Crimr. §. 32. Anm. 3. 5. Ausg.); überdies mußte es nach dem Grunde unseres Strafverfahrens zur Regel werden, daß die Zuständigkeit einer öffentlichen Verfolgung die Beliebung einer Privatstrafe ausschließe; eine entschiedene Ausnahme läßt sich nur für den Fall der Injurie behaupten (vgl. Sav. Oblig. R. II. S. 318 fg.; — Bluhme, Encyklopaedie der in D. geltenden Rechte, 3. Abth. 1. Lieferung. §. 1. 1854; Wächter, würt. Privr. II. §. 114. Nr. 2. — Heffter, Lehrb. des gem. d. Crimr. §. 32. 5. Aufl. — Abegg, Lehrb. der Strafr. Wissenschaft §. 66. Anm. a. E. §. 305.). Von der Injurienklage abgesehen müssen hiernach jedenfalls diejenigen Delictsklagen hinwegfallen, welche nicht nur Strafklagen sind, sondern eine rei persecutio auch nicht mitenthalten, woferne nur in denselben Delictsfällen öffentliche Verfolgung platzgreift; also actio furti (D. 47, 2.), furti adversus nautas (D. 47, 5.), arborum furtim caesarum D. 47, 7. (vgl. Heffter §. 522. §. 485 — §. 514; das interd. de homine libero exhibendo (l. 1. l. 2. pr. D. 43, 29. vgl. Heffter a. a. O. §. 285 — 291.); das interd. ne quid in

loco sacro fiat und die actio sepulchri violati (D. 43, 6; 47, 12. vgl. Abegg a. a. O. §. 576. Heffter a. a. O. §. 350. §. 354. a. E.); die actio (popularis) de termino moto (l. 3. D. 47, 21. Heffter §. 393.). — Auch von denjenigen Privatstraffällen des römischen Rechts, welche rei persecutionem mitenthalten, wird kaum einer oder der andere zu finden sein, gegen den unser weit angelegtes Criminal- oder Polizeistrafrecht kein Recept hätte; dasselbe gilt von den Fällen der blos reipersecutorischen Delictsklagen. Denn die Verbrechen, Vergehen, Frevel der „Vergewaltigung" (vis) (Heffter a. a. O. §. 328—341. Abegg §. 185 — §. 191.) umfassen die Voraussetzungen nicht nur der actio vi bon. raptorum (J. 4, 2. D. 47, 8. C. 9, 33.), sondern auch der actio quod metus (D. 4, 2. vgl. Heffter §. 332. §. 338.) und vieler Interdicte, die zum Schutze des Besitzes (D. 43, 16—24.) oder friedlichen Gebrauches öffentlicher Plätze, Wege, Flüsse, aber doch zugleich im Privatinteresse aufgestellt sind (D. 43, 9, 11, 14, 15.); gemeinschädliche Handlungen, wie sie durch Interdicte zum Schutz derselben res publicae verfolgt werden (D. 43, 8, 10, 12, 13.), gehen, wenn irgendetwas, die Polizei an; im Stellionat oder Betrug geht der beste Theil des dolus malus (D. 4, 3.) auf (vgl. Heffter a. a. O. §. 394.). Nur legis Aquiliae actio behauptet ihr Gebiet (Abegg a. a. O. §. 381. Heffter a. a. O. §. 521.), und ob man die calumnia (D. 3, 6.) strafrechtlich als eine „Falschheit" u. dgl. verfolgen könne (Heffter §. 406. Anm. 1.), darf dahingestellt bleiben. Allein wenn nun auch, wie das canonische Recht wollte, sämmtliche Delicte öffentlich verfolgbar wären, und öffentliche Verfolgung die Privatstrafe ausschließt, so können wir nichtsdestoweniger die so eben berührten reipersecutorischen (S. 510.) oder doch nebenbei reipersecutorischen Delictsklagen nicht aufgeben. Dieß dürften wir nur dann, wenn in der öffentlichen Verfolgung außer der Strafe auch die rei persecutio von Amtswegen und nothwendig besorgt würde; nun es aber gemeinrechtlich zu der Verhandlung des Civilanspruches im Strafverfahren nur in Folge der „Adhäsion" des Damnificaten kommt, die Unterlassung der Adhäsion aber demselben den Civilweg nicht abschneiden soll (Bluhme, a. a. O. §. 113. Heffter a. a. O. §. 709.), so würden wir mit gänzlicher Aufgebung jener Delictsklagen den Beschädigten

entweder zur Adhäsion zwingen, oder den Anstoß zu noch mehreren namen- und formlosen Klagen geben, als ihrer zum Unheil der Rechtspflege in Schwung sind. Hingegen ist es theils nothwendig, theils räthlich

2) alle noch vorhandenen Delictsklagen, soweit sie eine rei persecutio mitenthielten, sei es nun in der poena (rei persecutionem „continentes" S. 53. Z. 13. v. unten), oder neben der poena (mixtae, S. 54 oben), auf rei persecutio zu beschränken. Nothwendig ist dies, woferne das Delict mit öffentlicher Strafe bedroht ist; räthlich auch außerdem; denn der Sinn für Unterscheidung blos reipersecutorischer und zugleich poenaler Verfolgung der Delicte fehlt uns; in der Jurisprudenz ist ohnehin entschiedene Neigung in unserer Richtung (Sintenis, pract. gem. Civr. II. §. 124. a. A. Arndts, P. §. 325. a. E. §. 326. a. E. §. 327. a. E. §. 336. a. E. Wächter, a. a. O. §. 114. a. E. Sav. a. a. O. §. 84. a. A. und a. E.); und endlich gelangen wir ohne eine durchgreifende Maßregel auf diesem Gebiete zu keiner Bestimmtheit. Als Strafklagen werden wir demnach nur mehr die injuriarum actio, und etwa noch die de revocandis donationibus (l. ult. C. 8, 56.) behandeln können; andere „vindictam spirantes" sind entweder außer Uebung (die wegen verbotener in jus vocatio; wegen verhinderter Beerdigung), oder keine Forderungsklagen (querela inofficiosi testamenti), oder Gegenstand öffentlicher Verfolgung (actio sepulchri violati D. 47, 12.). Alle übrigen Delictsklagen müssen ihres poenalen Charakters entkleidet werden: mithin alle populares actiones entweder wegfallen oder zu privatae werden; — alle mixtae auf ein Einfaches beschränkt werden; — alle Delictsklagen bei mehreren Urhebern des Delictes zwar gegen jeden in solidum, aber nur bis zur einmaligen Befriedigung platzgreifen (nach dem Muster z. B. der condictio furtiva im Gegensatze zur actio furti: l. 1. C. cond. furt. 4, 8.) — und so denn auch im Concurrenzfalle, spätestens durch Perception, sich consumiren (entgegen der l. 60. D. o. et a. 44, 7: Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit; vgl. S. 129. l. 17. pr. D. dol. mal. 4, 3.). Daß nun auch überall die Beschränkung des (passiven) Erbgangs (auf die allenfallsige Bereicherung) wegfallen müsse

(Sintenis a. a. O. Anm. 1.), ist nicht zu folgern, weil dieselbe bei reipersecutorischen Delictsklagen nicht minder vorkam, als bei poenalen (z. B. l. 17. §. 1. l. 26. D. dol. mal. 4, 3; l. 10. §. ult. l. 11. D. quae in fraud. cred. 42, 8.); wenn dagegen die Praxis, in Ermäßigung des canonischen Rechtes, das die Erben für poenae des Erblassers schlechthin haftbar machte (c. 5. X. de rapt. 5, 17: „— juxta facultates suas —" c. 9. X. usurp. 5, 19. c. 14. X. sepult. 3, 28.), letztere bis zum Betrage der Erbschaft (juxta facultates hereditatis) verpflichtet (Francke, vom Uebergang der pers. Klagen auf die Erben des Schuldners, Beiträge I. 1. Sav. Syst. V. §. 211. Sintenis a. a. O. I. §. 29. Anm. 21.), so müssen wir diese Ausdehnung für die Strafklagen natürlich gelten lassen, auch nachdem sie zu reipersecutorischen Delictsklagen geworden sind; und ebenso nothwendig für die ursprünglich reiperss. Delictsklagen, woferne nicht für die eine oder andere unbeschränkter Erbgang hergebracht sein sollte; aber nicht auch für diejenigen Delictsklagen, die wir heute noch als Strafklagen behandeln wollen und müssen (vgl. Puchta, P. §. 88.). Durch bloße Folgerung kommen wir endlich auch nicht zu dem Satze, daß die in reipersecutorische verwandelten pönalen Klagen nunmehr sämtlich perpetuae sein müssen (Sint. a. a. O. II. §. 124. Anm. 1.); denn von den ursprünglich reiperss. Delictsklagen sind manche temporales und nur in Ansehung der Bereicherung perpetuae (l. 28. D. l. ult. C. dol. mal. 2, 21; l. 9. §. 1. D. quod falso tut. 27, 6. l. 1. §. 6. D. de eo per quem factum erit, quo min. q. in jud. sist. 2, 10.).

Als einzelne (ursprünglich oder nunmehr) reipersecutorische Delictsklagen von größerem Ansehen, zum Theil auch stärkerem Gebrauch sind aufzuführen:

I. actio legis Aquiliae —

II. actio quod metus — actio de dolo — actio Pauliana. Andere, die von minder sicherer Geltung, und jedenfalls seltenerem Gebrauche sind, werden sich an die eine oder andere der vorstehenden Klagen kurz anschließen lassen. Operis n. nuntiatio und die formlose prohibitio vor dem interdictum quod vi aut clam sind auch Actionen, aber keine Klagen, geschweige denn Delictsklagen, und darum in anderem Zusammenhang

erschienen (§. 66.); auch aquae pluviae arcendae actio (§. 65.) und damni infecti postulatio (§. 35.) entspringen nicht aus Delicten; die actio de pauperie endlich, und was sonst noch eine Verpflichtung aus fremder Schuld enthält (S. 443. Z. 4.; — theilweise auch die actio de effusis et ejectis) wird in der Lehre von der Vertretung vorkommen. Die actio vi bon. raptorum könnte auf ein Einfaches fortbestehen, ist aber durch die condictio furtiva überflüssig; durch eine condictio ob turpem causam die actio in factum de calumnia (nicht ganz so Arndts P. §. 336.).

Einzelne Delictsforderungen.

A. Strafforderungen.

§. 119.

Injuriarum actio. „Injuria" bedeutet hier nicht blos das Unrecht, wie in dem damnum injuria datum, sondern zugleich das Uebel. Aber letzteres ist hier kein damnum (Vermögensnachtheil), sondern von geistigerer Art, im Allgemeinen Beleidigung, im Einzelnen 1) „contumelia" (l. 1. pr. D. h. t. 47, 10.), d. i. Verachtung, die der Beleidigte durch den Beleidiger erfährt [*l. 1. pr. cit.: „— contumeliam autem a contemnendo"*]. Niemand hat ein Recht auf Achtung, wie Niemand eines gegen Verachtung, wohl aber Jeder eines gegen den Ausdruck der Verachtung; denn dieser ist in allen seinen Gestalten [*in corpus, ad dignitatem, ad infamiam: l. 1. §. 1. eod.; —* Real=, Verbalinjurie: *l. 1. §. 1. l. 15. §. 1.; —* Spott und Hohn: *l. 15. §. 2 — §. 27;* Uebermuth: *l. 5. pr.;* Chikane: *l. 13. §. 3. l. 24. l. 44. eod. l. 25. D. a. e. e. v. l. 13. §. 7. l. 14. D. h. t. cf. l. 2. §. 8. D. ne quid in loco publ. 43, 8;* Schmähung: *l. 15. §. 44. D. h. t. „maledictum"*], durch allgemeine (generali edicto: l. 15. §. 26. eod.) und besondere Satzung (l. 15. §. 25. §. 2. l. 5. pr. eod.) verboten, und durch eine Klage auf Aestimation (§. 7. §. 9. J. h. t. 4, 4. l. 21. D. h. t. (injuriarum actio aestimatoria) verfolgbar. 2) „Verläumdung" (zum Theil „infamatio" — arg. l. 18. pr. eod. — auch in den „famosi libelli" Rubr. h. t.; auch „calumnia" l. 5. C. h. t. 9, 35.), welche, ohne selbst Ver-

achtung zu sein, verächtlich machen will. Sie ist in dem Verbote der Injurie überhaupt, und in dem der infamatio und famosi libelli insbesondere mitinbegriffen (l. 15. §. 29.; l. 5. §. 9. §. 10. eod.), — als falsche Denunciation später mit Capitalstrafen verfolgt worden (l. unic. C. famos. lib. 9, 36. cf. c. 1. c. 7. c. 9. c. 10. C. Th. fam. lib. 9, 34.). Die Verläumdung pflegt sich ohnehin hinter unserem Rücken zu entspinnen; aber auch Schimpf und Spott (contumelia) braucht nicht „ins Gesicht" zu geschehen (l. 15. §. 7. eod.); kann uns doch jede Injurie widerfahren, ohne daß wir sie fühlen (l. 3. §. 2. eod.), wiewohl anderseits wiederum nulla injuria est, quae fit in volentem (l. 1. §. 5. l. 17. pr. l. 26. eod.). Ferner können wir nicht nur in uns selbst, sondern auch in Anderen injuriirt werden (l. 1. §. 3—§. 6. §. 9. l. 15. §. 24. l. 18. §. 2; vgl. jedoch l. 5. §. 6 eod.). Verläumdung endlich, die wahr wäre, ist nicht denkbar (l. 18 pr. eod.); allein nicht selten wird sich mit der üblen, wenn gleich wahren Nachrede Schimpf und Spott verbinden, und dafür ist l. 18. pr. cit. nicht geschrieben. — Keinerlei Injurie ist denkbar ohne dolus (animus injuriandi l. 3. §. 1 — §. 4. eod.); allein woferne nur das Aeußere derselben vorliegt (eine Ohrfeige, ein „Lump", daß er „gestohlen habe"), wird das Innere überall zu präsumiren, der Scherz (l. 3. §. 3. eod.), Irrthum (l. 3. §. 4. l. 4. l. 17. pr. l. 18. §. 3.), die Wahrheit also vom Gegner zu beweisen sein (wegen der s. g. exceptio veritatis — vgl. l. 5. C. h. t. Weber, über Inj. ꝛc. 4. Aufl. I. Abth. S. 78 fg).

Die Aestimation, worauf, unter genauer Angabe der Injurie (l. 7. eod.), zu klagen ist, wird heutzutage ohne Unterschied der leichteren und groben Injurien (inj. atrox: l. 7. §. 7—l. 9. §. 3. eod. §. 9. J. h. t.) vom Kläger angegeben, und vom Richter festgestellt (s. dag. Gaj. III, 224.); bezüglich der Verjährung soll noch zwischen der gemeinen injuriarum actio (l. 5. C. h. t.) und der ex lege Cornelia unterschieden werden (vgl. Sint. gem. pract. Civilr. II. §. 124. Anm. 73. 88.). Mit der aestimatoria concurrirt nach heutigem Rechte electiv eine Klage auf Widerruf (recantatoria, oder ad palinodiam — die nur bei der Verläumdung Sinn hat) oder Abbitte (ad deprecationem) oder Ehrenerklärung (ad declarationem honoris) (vgl. Weber a. a. O. 2. Abth. S. 1 fg.). Alle diese Klagen fallen weg

durch den Tod (des Beleidigers wie des Beleidigten: l. 13. pr. D. h. t. cf. l. 28. eod.), Verjährung und Erlaß (worunter namentlich auch die dissimulatio injuriae §. 12. J. h. t. l. 11. §. 1. l. 17. §. 6. eod. und Selbstrache — Retorsion — begriffen ist Weber a. a. O. S. 53.).

Die Rückforderung des Geschenkten wegen Undanks, (auch Beleidigung), in den fünf in l. ult. C. de revoc. don. 8, 56. bezeichneten Arten ist eine „vindicatio“ (l. 7. eod.) nur im Sinne der „vindicta“ (vgl. Arndts P. §. 82. Anm. 2.), als solche auf die Person des Schenkers (l. ult. cit.), um so sicherer auch auf die des Beschenkten beschränkt (l. ult. cit.: — usque ad primas personas — l. 7. cit. — nec in heredem).

B. Reipersecutorische Delictsforderungen.

§. 120.

Actio legis Aquiliae. Das dieser Klage zu Grund liegende Delict heißt damnum injuria datum, auch blos damnum injuriae (l. 1. pr. D. h. t. 9, 2. pr. J. h. t. 4, 3.). Das Uebel dabei ist also ein Schade, näher betrachtet ein damnum in corpore — Beschädigung oder Vernichtung einer Sache [*l. 2. pr. l. 27. §. 5. D. h. t. §. ult. J. h. t. „— neque corpus laesum fuerit —“* nur *utiliter* einer Person *l. 13. pr. D. h. t.;* aber an etwas anderem als einem *corpus* ist kein *damnum inj.* möglich]. Die Schuld besteht äußerlich in einer Handlung (facere — culpa in faciendo vgl. jedoch l. 8. §. 1. D. h. t.), welche, wenn die Klage nach dem Buchstaben des Gesetzes stattfinden soll, als nächste oder unmittelbare Ursache des Schadens [*„damnum corpore corpori datum“ §. ult. J. h. t.* im Gegensatze zu bloßem *„mortis etc. causam praebere“; l. 7. §. 6. l. 11. §. 1. §. 5; l. 9. pr.; §. 2; §. 3. D. h. t.* vgl. jedoch *l. 28. pr. l. 29. pr. eod.*] erscheinen muß (z. B. l. 7. §. 1. §. 7. l. 9. §. 4. l. 9. pr. §. 1. l. 11. pr. §. 1. §. 4. §. 5. etc.). Unsere „Körperverletzung mit nachgefolgtem Tod“ ist im Sinne der lex Aquilia ein occidere, kein bloßes mortis causam praebere (arg. l. 30. §. 4. l. 21. §. 1. eod.). Wir rechnen es noch zu dem Aeußeren der Schuld, daß die Handlung „injuria“, ein non jure facere sein muß

(l. 2. pr. l. 27. §. 5; l. 5. §. 1. eod.). Das Unrecht ist hier Mangel an Recht zu der schädlichen Handlung (S. 509. Z. 7.). Ein Recht zu derselben, und damit Entschuldigung, könnte nicht blos in einem Recht an der Sache (l. 29. pr. §. 1; allenfalls auch an der Person — Meisterrecht — castigatio domestica l. 5. §. ult. l. 6.), sondern auch gegenüber einer fremden Sache, oder Person, in Nothwehr und erlaubter Rache (l. 4. pr. eod.; §. 2. J. h. t.; l. 4. §. 1. l. 30. pr. D. eod.) liegen. Zu dem Inneren der Schuld muß hier ausdrücklich das allgemeine Wesen jeder Handlung: daß sie ein Gewolltes ist, herbeigezogen werden (l. 7. §. 3. eod.). Als schuldhaft erscheint die Handlung aber erst dadurch, daß sie nicht blos überhaupt oder irgendwie, sondern namentlich in ihrer schädlichen Wirkung, wenngleich nur in Weise der culpa e. S. (S. 508. Z. 2 v. u.), als gewollt erscheint [§. *3. J. h. t. — ne is quidem .. tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur; nam alioquin non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur.* §. *4.* §. *5. eod. l. 28.* §. *1. D. eod. — neque scierit, neque aut providere potuerit — l. 44. pr. eod. In lege Aq. et levissima culpa venit;* z. B. *l. 7.* §. *ult. l. 8. pr.* §. *1. l. 7.* §. *2. l. 9.* §. *ult. — l. 11. pr. eod.*].

Forderungsberechtigt wird nach dem Buchstaben des Gesetzes nur der Eigenthümer (l. 2. pr. l. 11. §. 6. eod.); darum bei Körperverletzungen an Freien nur utilis actio möglich (l. 13. pr. eod.); nach dem Sinne des Gesetzes bekamen aber noch der Usufructuar (l. 12. eod.), der b. f. possessor (l. 11. §. 8. eod.) und unter Umständen der Pfandgläubiger (l. 30. §. 1. eod. l. 27. D. pign. 20, 1.) eine Klage — der Usufructuar utilem (ad exemplum legis Aquiliae), die beiden anderen nur in factum actionem — (ll. citt.)! Wir sagten nur, der Eigenthümer wird, — nicht, er ist forderungsberechtigt; in den Fällen des ersten Kapitels der lex Aquilia kann der Forderungsberechtigte nicht mehr Eigenthümer sein; in den anderen braucht er es nicht mehr zu sein [*l. 17.* §. *1. D. r. v. 6,* 1. S. 226. §. 64. Z. 5. *l. 43. D. h. t. „— dominum .. lex Aquilia appellat .. eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur;* aber *„non utique“.* Vgl. übrigens *l. 15. pr. l. 17.* §. 1. *eod.*]. Möglicherweise trifft der Schade nicht den Eigenthümer, so daß er auch nicht Gläubiger „wird“ (l. 18. §. ult. D. dol. mal. 4, 3.).

Die Klage geht auf Aestimation, nach dem Buchstaben des Gesetzes blos der Sache selbst, oder ihres Minderwerthes, nach der Interpretation auf alles Interesse, daß die Sache nicht vertilgt wäre (§. 10. J. h. t. l. 21. §. 2. l. 22. pr. §. 1. l. 23. pr. §. 2. §. 5. §. 6. D. h. t.). Was insbesondere den Sachwerth anlangt, darf Kläger überdieß bei Schäden des ersten Kapitels (l. 2. eod.) den höchsten Werth des letzten Jahres (l. 2. pr. l. 23. §. 3. eod.), bei denen des dritten Kapitels den höchsten Werth des letzten Monats (l. 27. §. 5. eod.), vom Tage der Beschädigung an rückwärts gerechnet (l. 21. §. 1. eod.), in Anschlag bringen. Um deswillen soll die Klage — nach einer Meinung, von der nicht feststeht, ob sie classisch ist! — pönal gewesen, und um deswillen nicht gegen die Erben gegangen sein (quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur — §. 9. J. h. t. f. dag. Gaj. III. 214.). Allein warum hieß dann die Klage nicht mixta, warum wurde sie bei der Concurrenz mehrerer Delinquenten durchweg als Pönalklage behandelt (l. 11. §. 2. l. 51. §. 1. eod.), und warum ging sie nicht wenigstens bis zum Schaden gegen die Erben (l. 23. §. 8. eod. l. 10. pr. D. comm. div. 10, 3.)? Wir halten dafür, daß die Damnation auch zur bloßen Entschädigung als Strafe gedacht war (s. dag. Savigny, Syst. V. §. 212. §. 234. S. 57. §. 234. S. 234 fg.). Jene Steigerung des Ersatzes scheint aber allerdings einen Ueberschuß über den bloßen Ersatz zu enthalten, und also für uns hinwegzufallen (vgl. Sint. pract. g. Civilr. II. §. 125. Anm. 17. u. die dort Agff. Anders Puchta P. §. 388. not. g. Arndts P. §. 324. not. p.). Entschieden müssen wir die nunmehrige reipersecutorische Natur der Klage bei einer Concurrenz von Delinquenten, und im Erbgange (hier im Sinne der Praxis — S. 515.) wahren. — Bei Körperverletzungen können wir heutigen Tages an keine Schätzung der Sache denken (l. 7. D. his qui effud. 9, 3.), sondern nur mehr an eine der Kosten und des Erwerbsentganges (cf. l. 7. cit.). Das Schmerzensgeld der Carolina (art. 20.) ist dennoch Strafe (s. dag. Seuff. Arch. I. Nr. 220.), wird aber mit Recht auf absichtliche Körperverletzung beschränkt (Seuff. Arch. IV. Nr. 227.), wo nicht ganz aus dem Rechte verwiesen (vgl. Seuff. Arch. I. Nr. 65.).

Je nach dem Verhalten des Beklagten ist die actio bald nur rei aestimandae (confessoria), bald auch judicandae (l. 23. §. 10. l. 25. §. 1. l. 26. D. h. t.); in Ansehung des „subjectiven", nicht auch des „objectiven" Thatbestandes hat das Geständniß formelle Kraft, ähnlich der res judicata (l. 23. §. 11. l. 24. l. 25. pr. vgl. Sav. Syst. VII. §. 306. 7.).

Als Delictsklagen aus anderweitigen Schadensstiftungen, in denen gleichfalls außer Betracht bleibt, ob sie dolo oder nur culpa begangen sind, und aber eine Privatverfolgung überall nurmehr auf den Privatschaden zuläßig ist, reihen sich hier an:

Interdicte gegen Mißbrauch von öffentlichen Plätzen, Wegen, Flüssen (D. 43, 8, 10, 12, 13.), Cloaken (D. 43, 23.), — insoferne dadurch „privatae utilitates" verletzt werden (cf. l. 2. §. 2. D. 43, 8. Seuffert's Nachtrag in dessen Pand. III. S. 419. über das interd. de loco publico); —

eine in factum actio, de mortuo illato (l. 2. §. 2. D. relig. 11, 7.); und allenfalls de sepulchro violato D. 47, 12.;

die s. g. Syndicatsklage (quod judex litem suam fecerit): pr. J. obl. quasi ex del. 4, 5. l. 5. §. 4. D. o. et a. 44, 7. l. 2. C. poena judicis qui male judicavit 7, 49. Reichs-Absch. v. 1532. III. §. 17. Kamm. G. O. III. 55. §. 6. §. 10. Doch vgl. Bayer, ord. Proz. 8. Aufl. S. 275.

Die actio de effusis et ejectis fällt, woferne sie nicht (mit der actio de pauperie) unter der Vertretung in Betracht kommt, mit der actio legis Aq. zusammen (cf. l. 31. D. ad l. Aq.); die actio de posito vel suspenso (l. 5. §. 6 — 13. D. his qui effud. 9, 3.) verschwindet unter polizeilicher Fürsorge. Auch eine eigene viae receptae (rejectae ?) actio (l. 3. D. via publ. 43, 11.) mögen wir nicht mehr festhalten. Dagegen scheinen die von Arndts (P. §. 325. Nr. 1. 2. 3.) der legis Aq. actio zugeschlagenen weitern Schadensklagen der actio de dolo zugewiesen werden zu müssen.

§. 121.

Actio quod metus. Für das hier in Frage stehende Delict haben wir nur den allgemeineren Namen der vis (l. 3 pr. D. quod metus causa gestum erit 4, 2.). Das Uebel ist auch hier ein damnum (l. 12. §. 2. eod.); möglicherweise noch eines in corpore (l. 9. §. 2. eod.), gewöhnlich aber sonst ein Vermö-

gensnachtheil. Der ganze sonstige Thatbestand des Delictes könnte da sein, das damnum fehlen: da wäre keine actio quod metus — vielleicht wohl eine andere Sühne möglich [*l. 12. §. 2. l. 13. eod.* vgl. S. 50. §. 24. Z. 10 fg.; *l. 14. pr. eod.; arg. l. 14. §. 14. eod. „— quod interest quadruplari solum —"*]. Gewöhnlich tritt hier das damnum in Form Rechtens auf; in Gestalt eines Rechtsgeschäftes, als datio, traditio, obligatio, acceptilatio, hereditatis aditio, repudiatio, manumissio u. a. m. (l. 8. pr. §. 1. §. 2. l. 14. §. 3; l. 9. pr. l. 21. §. 2; l. 7. §. 1. l. 12. §. 1. l. 9. §. 3; l. 11. l. 21. §. 4. §. 5. l. 21. §. 6. eod.), allgemeiner als alienatio, obligatio (l. 7. §. 1. eod.); noch allgemeiner als „gestum" (l. 1. pr. eod.), und also denn auch in gemeiner, körperlich schädlicher Handlung (l. 9. pr. §. 2. eod.). Zur Schuld ist vor allem nöthig, daß Jemand als Ursache des Uebels erscheine [*l. 9. §. 1. eod. „si alienus sum a vi . . (et) operas potius meas (quam damni) mercedem accepisse videor*], sei es nun, daß er den Schaden mit eigener Hand stiftet, wie in dem einen der oben erwähnten selteneren Fälle (l. 9. pr. eod.) — oder daß er nur den Anstoß zu der schädlichen, vielleicht mit ihm selber vorgenommenen Handlung (obligatio, alienatio) gibt. Wie in dem dolus malus der actio de dolo, so liegt auch in der vis der actio quod metus die Schuld bald in eigener That, bald nur in der Veranlassung zu fremder, hier und dort eigenthümlicher in bloßer Veranlassung zu fremder. Diese doppelte Urheberschaft muß aber weiterhin absichtlich (dolos) sein; eine Concurrenz der actio de dolo mit der actio quod metus (nicht der actio quod metus mit der de dolo) ist die Folge (l. 14. §. 13. eod.). Endlich würde selbst die Absichtlichkeit den Urheber nicht dolos, und die That nicht zur Schuld machen, wenn er nicht zugleich im Unrecht wäre; mitunter schon durch Verletzung eines Rechtes (l. 9. pr. cit.), immer aber durch eine Verletzung der guten Sitte (l. 3. §. 1. eod.) — Gewalt (l. 9. pr. eod.). Wo die Schuld nur in Veranlassung fremder That liegt, ist die Gewalt Zwang (s. g. vis compulsiva — l. 3. pr. eod. — si quis vi compulsus aliquid fecit) oder Drohung; dort eine Zufügung, hier eine Verheißung von Uebeln; auf Seite des Dulders überall Furcht (metus), sowohl beim Zwang, als bei der Drohung (l. 1. —

quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur); in Ermangelung eines anderen Wortes vertritt aber „metus" die Drohung („vis ac metus" — „vis metusve"); Erzeugung von Furcht ist das allgemeinere Wesen unserer Gewalt; die nachtheilige Handlung wird in Furcht geboren; das Edict streifte die überflüssige „Gewalt" ab (l. 1. pr. eod.). Ohne Furcht wäre entweder keine erzwungene Handlung, oder etwas ärgeres, — die Bewegung eines Werkzeuges von Menschengestalt (cf. l. 1. §. 1. D. auct. tut. 26, 8.), — also keine Handlung da. Die Furcht fällt also mit der Seele, oder dem Willen, der von der erzwungenen Handlung immer noch gefordert wird, zusammen [*l. 21. §. 5. D. h. t. — Si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.*]. Uebrigens darf sie nicht die Furcht des Furchtsamen sein (l. 6. eod.); das zugefügte und zuzufügende Uebel darf nicht nichts (l. 7. pr. eod. l. 9. pr. eod.), sondern muß „major malitas" (l. 3. §. 1. l. 4. l. 7. §. 1. l. 8. §. 1. §. 3. eod.), und unvermeidlich sein. (l. 23. pr. eod. — „metus praesens" l. 9. pr.); vis atrox (l. 3. §. 1. eod.) ist die Kehrseite. Solche Gewalt kann adversus bonos mores sein, wenn ihr gleich ein Recht zur Seite stünde (l. 7. §. 1. l. 8. pr. eod.); ja noch in der Hand der Obrigkeit (l. 3. §. 1. eod.).

Die Klage ging auf Condemnation in das Vierfache des Schadens (l. 14. §. 4. §. 7. l. 21. §. 2. eod.); war aber arbiträr, so daß sich der Beklagte durch Restitution (l. 9. §. 7. §. 5. l. 10. §. 1; l. 12. pr. eod.) retten konnte (l. 14. §. 1. §. 11 l. 21. §. 4. eod.). Bis zu Einem Viertel war die Condemnation nichts anderes als die gewöhnliche condemnatio ni restituatur d. h. Condemnation in die Prästation dessen was geleistet werden sollte, aber nicht geleistet wurde; zu den drei übrigen Strafverfällung (l. 14. §. 10. eod.). Letztere fällt nun hinweg, sammt ihrem annus (l. 14. pr. eod.); dagegen hat der Formelrest „neque ea res arbitrio judicis restituetur" l. 14. §. 11 eod. auch noch für uns die Bedeutung, daß die Verurtheilung keine unausbleibliche Folge der Nichtrestitution ist, sondern ein richterliches Ermessen in Mitte liegt. Indessen ward befunden, daß nicht einmal jeder casus allgemein befreien sollte (l. 14. §. 11 cit.); im Besonderen kommt es auf die Person des Beklagten an. — Beklagter ist nämlich nicht nur der Vergewaltiger selbst, sondern auch ein

Dritter, wenn 1) in Folge der Vergewaltigung (l. 9. §. 1. eod.) etwas an ihn gekommen ist, und 2) „res“ (l. 14. §. 5. l. 18 eod. „ipsa res“) d. i. die durch die Vergewaltigung erpreßte Sache, Fodrerung, Liberation, Erbschaft an ihn gekommen ist (z. B. l. 10. pr. l. 11; l. 14. §. 5. eod. „— ab eo qui vim intulit comparantem —“ vgl. Glück, Comm. IV. §. 449. S. 498. Nr. 2. Z. 3. Mühlenbruch, Pand. I. §. 163. Seuff. P. §. 423. Nr. 4.); nur zur Klage gegen den Erben genügt anstatt res ipsa „aliquid“ (l. 17. D. h. t.). Allein Viele begnügen sich überhaupt mit dem Erforderniß ad 1. z. B. Puchta, P. §. 385. Arndts, P. §. 333. Sintenis, pract. g. Civr. I. §. 124. Anm. 53. Gegen den Vergewaltiger selbst nun geht die Klage, wenn aus dem Delicte gleich alles an einen Anderen gekommen ist (l. 14. §. 5. in fin. eod.); und also vermag ihn selbst der casus nicht schon an und für sich zu befreien; — gegen den Dritten geht die Klage nur wenn die Sache selbst, oder (an den Erben) doch etwas, aus dem Delicte an ihn gekommen ist (l. 14. §. 5. cit.); und nur soweit dies an ihn gekommen ist (l. 20. eod.); jeder zufällige Untergang befreit ihn (l. 18. cf. l. 17.), wofern er nur in bona fide (nicht „conscius“) war (arg. l. 14. §. 5. eod.) Der Umstand, daß actio in rem scripta war (l. 9. §. 8. eod.) hat für unser heutiges Recht noch die Bedeutung, daß bei Klagen gegen Dritte die Person des Vergewaltigers weder genannt, noch bewiesen zu werden braucht (l. 14. §. 3. eod.). —

Aus demselben Delicte entspringt auch eine, gleichfalls in rem gefaßte, exceptio (l. 4. §. 33. D. doli m. et metus exc. 44, 4.), welche nach can. Rechte, als exceptio spolii, nicht etwa blos gegen die erzwungene Forderung, sondern so lange bis restituirt ist (vgl. Bruns, Recht des Besitzes, §. 18.) gegen jede Klage des Spoliators geht (c. 1. restit. spol. in VI. 2, 5.).

Durch Gewaltthätigkeit mit der actio quod metus verwandt sind:

die beiden Interdicte quod vi aut clam (D. 43, 24.) und das interdictum de opere restituendo (l. 20 pr. D. o. n. n. 39, 1.) — vgl. §. 66. S. 232. Indessen scheint uns in ihnen, weil es im Ungewissen ist, ob Prohibent, Nunciant im Recht sei, kein Schade, sondern eine Strafe — wegen Uebertretung des

einem öffentlichen gleich zu achtenden Privatverbotes — verfolgt; um sie gleichwohl für das heutige Recht zu erhalten, müßte man von einer Störung nicht des Besitzes, sondern des vageren Besitzstandes ausgehen; —

die Interdicte wegen Störung im Gebrauch öffentlicher Plätze, Wege, Flüsse (D. 43, 9, 11, 14, 15.); —

sämmtliche Interdicte wegen Störung oder Entziehung des Besitzes und Quasibesitzes (§. 31. §. 32.), besonders in ihrer Verschmelzung zur Spolienklage (§. 33. bes. S. 106. in med.); —

die in factum actio des in possessionem missus (D. 43, 4.).

§. 122.

Actio de dolo. Auch hier ist das Uebel ein Schade (l. 1. pr. l. 31. D. dol. mal. 4, 3. — vel istis simplicitas damnosa), auch hier nicht mehr nothwendig, ja seltener ein körperlicher, an Sachen, sondern sonst ein Vermögensverlust, wie er durch Vornahme oder Unterlassung von Geschäften (z. B. l. 9 pr. §. 1. eod.) sich ergeben kann. In l. 18. §. ult. l. 19. eod. u. dgl. liegt der Schade für den Damnificaten in der liberatio, nicht in der Tödtung. — Die Schuld besteht in der absichtlichen Anstiftung obigen Schadens; nach einer engeren Definition (des Servius l. 1. §. 2 eod.) nicht mehr blos allgemein darin, daß ihn der Thäter irgendwie anstiftet und angestiftet haben will (S. 508 unten), sondern in einer gewissen Form absichtlicher Anstiftung. Diese Form ist allgemein eine (in den Quellen nicht ausdrücklich hervorgehobene) Veranlassung zu der schädlichen Handlung und Unterlassung, und steht insoferne mit der gewöhnlichen Gestalt von vis ac metus in der actio quod metus noch auf einer Stufe; allein die dolose Veranlassung muß mit Täuschung verknüpft sein, und also gehen dolus, als Verführung, Verleitung — und metus, als Zwang und Drohung, auseinander. Dieses Unterscheidende heben die Quellen hervor (l. 1. §. 2. eod.). Die Täuschung ist aber simulatio, die [durch falsche Worte, z. B. *l. 8. l. 9. pr. §. 1. l. 24. eod.* — oder Werke, z. B. *l. 18. §. 3. eod.* — Worte und Werke, *l. 38. l. 39. eod.*] nicht vorhandenes als vorhanden, — oder dissimulatio, die vorhandenes als nicht vor-

handen hinstellt (z. B. l. 9. §. 1. eod.); ihr Zweck entweder der bloße Schade des Anderen (der dolus malus, also bloße Bosheit — l. 1. pr. z. B. l. 18. §. 3. l. 40. eod.), etwa noch fremder Gewinn (l. 39. eod.), — oder zugleich eigener Vortheil (der dolus malus also Betrug — l. 1. pr. z. B. l. 9. pr. §. 1. l. 38. eod.). — Außer dieser engeren gibt es aber noch eine weitere Definition unseres dolus malus: die des Labeo, wornach derselbe auch ohne Täuschung vorkommt [*l. 1. §. 2. eod. — posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur* —]. Wir haben uns darunter Fälle zu denken, in denen der Thäter den Damnificaten nicht erst zu nachtheiliger Handlung ꝛc. veranlaßt, sondern den Schaden mit eigener That bewirkt; und weder furtum, noch vis, noch damnum injuria datum, sondern lediglich das Allgemeine einer absichtlichen Schadensstiftung vorliegt. Solche Fälle kommen als Fälle der actio de dolo denn auch wirklich vor (z. B. l. 18. §. ult. l. 19. l. 7. §. 9. arg. §. 4. §. 5. §. 7. eod.). Wäre der dolus malus hier nicht doch noch Schadensstiftung, überdies Privatschadensstiftung, so wäre der dolus in seinem allgemeinen Wesen, als absichtliche Uebelthat, zu einem eigenen Delicte verkörpert. — Das Unrecht liegt bei dem dolus malus dieser letzteren, allgemeineren Fassung, wie bei dem Schaden der lex Aquilia, in einem non jure facere, zu dem Rechtsverletzung (l. 18. §. 5. eod.) oder Pflichtwidrigkeit hinzukommen kann; sonst aber in einem Verstoß gegen die gemeine Ehrlichkeit und Rechtschaffenheit bei formellem Rechte (s. u. a. l. 34. eod.).

Die actio de dolo geht auf Restitution oder aber Entschädigung (l. 18. pr. eod.), nach zwei Jahren nur mehr auf die Bereicherung (l. ult. C. 2, 21 l. 28. D. h. t.), gegen die Erben von Anfang nur auf Bereicherung (l. 17. §. 1. eod.) — heute auf den Betrag der Erbschaft cf. S. 515. oben); nur bis auf Bereicherung auch gegen Dritte (gegen jeden Dritten? l. 15. pr. §. 1. §. 2. eod.). Wiewohl sie demnach auch gegen Dritte geht, muß dennoch angegeben werden, durch wen der dolus verübt wurde (l. 15. §. 3. eod.). Sie war famosa actio, darum subsidiär in erschöpfendster Ausbeutung der Edictsworte: si de his rebus alia actio non erit (l. 1. §. 4. — l. 9. §. 4. eod.); an eine causae cognitio geknüpft, und darnach in gewissen Fällen

und nach gewisser Zeit ständig ausgeschlossen oder zur in factum actio gemildert (l. 1. §. 1. l. 9. §. ult. l. 15. §. 2. eod.; l. 28. in fin. eod.); famosa übrigens wohl nur, wenn der Verurtheilte zugleich in der Intentio stund, als derjenige cujus dolo factum etc. (l. 15. §. 3. eod.). Da wir aber schon an der deutschen Infamie genug haben (vgl. S. 34. a. E.), unsere Klage mithin nicht mehr infam macht, fallen causae cognitio und die weiteren Folgen billig hinweg; dafür daß wir gerade bei der Subsidiarität Halt machen sollen, scheinen uns Sintenis Gründe (§. 124. Anm. 9.) nicht auszureichen.

Mit der actio de dolo müssen nunmehr zusammenfallen: die in factum actio de damno in turba (l. 4. pr. §. 11. D. vi bon. rapt. et de turba 47, 8.), incendio, naufragio, ruina etc. (l. 1. pr. §. 4. §. 7. D. incend. 47, 9.) dato; — die actio arborum furtim caesarum (von Entwendung abgesehen) D. 47, 7; — servi corrupti utilis (l. 14. §. 1. D. servo corr. 11, 3.).

Soweit actio de dolo, in ihrem römischen und in ihrem heutigen Umfang, zusteht: überall ist der Schade derart, daß man sagen kann, der Beschädigte sei in seiner Sache geschädiget; nicht mehr so ganz kann man dieses sagen bei dem nun folgenden Delicte; wahrscheinlich um deswillen, und wohl nur um deswillen war denn auch die Aufstellung eigener Klagen gegen dasselbe nothwendig. Für die Darstellung dieses schwierigen Gegenstandes kommt uns noch rechtzeitig Huschke (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XIV. Hft. I. Nr. I. A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium), dessen Geist, natürlichem Lichte gleich, im tiefsten Dunkel am hellsten leuchtet, zu Hilfe.

§. 123.

Actio Pauliana und interdictum fraudatorium. Wenn ein Schuldner, um seine Gläubiger zu verkürzen, ohne daß oder bevor er seine Dispositionsmacht verloren [ohne daß ihm bonis interdicirt wurde, vgl. Huschke, a. a. O. S. 66; — vor der Concurseröffnung bei uns], durch was immer für Geschäfte mit einem Dritten, allenfalls auch dadurch, daß er sich ein Geschäft daraus macht, Geschäfte, die er in Bezug auf denselben vornehmen sollte, nicht zu führen, sein Vermögen herabbringt

[*„quae fraudationis causa gesta erunt cum eo —“ l. 1. pr. — l. 5. D. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* 42, 8], so liegt zwar ein dolus, eine fraus vor, aber ohne besondere Rechtshilfe kein Mittel, womit den Gläubigern geholfen werden könnte: nicht das Interdict oder in factum actio der immittirten Gläubiger des römischen Rechts (ne vis fiat ei qui in possessionem missus est — cf. Huschke, a. a. O. S. 66.), auch nicht etwa Vindicationen und Condictionen der Concursgläubiger oder Massecuratoren des heutigen Rechts: deswegen, weil was der Schuldner dispositionsfähig verhandelt, nicht mehr zu den bonis oder der Masse gehört, worein immittirt, oder der Concurs eröffnet ist. Denn unmöglich haben die Gläubiger ein Recht, das sie selbst dann nicht hätten, wenn sie wirkliche Inhaber des schuldnerischen Vermögens wären. Nun hat aber insbesondere der Fall, da der Dritte an der Gefährde des Schuldners theilnimmt (l. 1. pr. eod.: — gesta . . cum eo, qui fraudem non ignoraverit — l. 10. pr. eod.), so dringend geschienen, daß zu Gunsten der Gläubiger zweierlei Klagen aufgestellt wurden: actio Pauliana und interdictum fraudatorium; an letzteres schließt sich noch eine in factum actio an — [vgl. Huschke, a. a. O. S. 78 fg. — Die *in factum actio* wird sonst häufig für die *actio Pauliana* gehalten: z. B. Puchta, P. §. 380. Arndts, P. §. 228. Mühlenbruch, P. I. §. 174. 2c. Dagegen wird als eine eigene dritte Klage eine *rescissoria in rem actio* (*§. 6. J. act. 4, 6.*) angeführt: Vang. §. 178. Anm. 3. Arndts a. a. O. Anm. 1., während diese nach Anderen abermals mit der Pauliana actio identisch ist: Schröter, über Wesen und Umfang der *i. i. restitutio*, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VI. S. 131 fg.; vgl. Sint. pract. g. Civilr. I. §. 29. Anm. 12.].

a) Pauliana actio. Sie steht nur dem oder den in die Güter des Schuldners immittirten Gläubigern (l. 9. D. h. t. §. 6. J. act. — Huschke, a. a. O. S. 43 fg.), heutzutage jedenfalls den Concursgläubigern zu. Daß dieselben durch Immission, Concurseröffnung in Ansehung des schuldnerischen Vermögens domini loco werden, wie man nach Huschke (S. 48. S. 50.) annehmen möchte, schiene uns zu viel; sicher ist nur, daß sie rei servandae causa immittirt (l. 1. §. 2. D. ne vis fiat

ei qui in poss. 43, 4. l. 1. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.), und also Hüter und Wächter dieses Vermögens sind. Aber auch auf dieser Grundlage wird eine „revocatio" jener trüglichen Veräußerungen, eine „petitio" der durch sie der Masse entfremdeten Gegenstände (vgl. l. 1. §. 1. l. 7. D. h. t.) durch die Gläubiger möglich. Dadurch, daß letztere nicht blos über einzelne Sachen, sondern über das ganze Vermögen des Schuldners zu wachen haben, wird jene petitio, ähnlich der hereditatis petitio, als actio de universitate, nicht nur in Ansehung von Sachen und einzelnen Sachen, sondern auch wenn Forderungen, Pfandrechte, Servituten, Klagrechte aufgegeben wurden (l. 1. §. 2 — l. 3. §. 1. eod. cf. l. 49. D. v. s.), überhaupt auch gegen juris possessores und in Ansehung von ganzen Vermögenscomplexen (l. 17. §. 1. D. h. t.) möglich (Huschke a. a. O. S. 54—56.). Allein eine Voraussetzung der Klage ist die, daß die Veräußerung zu Recht besteht; eine directe petitio, oder die bloße Behauptung, daß die fraglichen Sachen und Rechte zur Masse gehören, also nicht möglich. So ward die Pauliana actio zur utilis oder fictitia actio gestaltet [*Basil. IX, 8. Nr. 1. — ἀγωγὴν ἕξει οὐτιλίαν — cf. l. 18. l. 6. §. 13. D. h. t.*]; die Fiction besteht darin, daß die Veräusserung nicht geschehen, das fragliche Gut also im Vermögen geblieben sei [*§. 6. J. act. — permittitur creditoribus rescissa traditione eam rem petere, i. e. dicere, eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.* Daß hier „*rescissa traditione*" nur als Wirkung der Fiction, nicht einer vorgängigen *i. i. restitutio* — Vangerow, a. a. O. Schröter, a. a. O. — zu betrachten sei, möchte Theophilus *ad h. l.* und insbesondere noch *l. 38. §. 4. D. usur. 22, 1.* beglaubigen: *Nam Praetor id agit, perinde ut sint omnia, atque si nihil alienatum esset* —]. Schwerlich dürfen wir mit Huschke (S. 50.) die Fiction noch weitertreiben: daß „hinsichtlich der Dispositionsbefugniß nicht der Schuldner, sondern die Gläubiger als Herren des Vermögens betrachtet werden müßten." Nach obigen, bei Huschke zusammengestellten Zeugnissen, beschränkt sich die Fiction selbst darauf: daß nicht veräußert worden sei. Man kann fragen, warum diese Fiction; aber kaum antworten: weil nur die Gläubiger, nicht der Schuldner als

im Besitze der zur Veräußerung nöthigen Dispositionsbefugniß zu denken sei. Denn dann wäre der Grund der Fiction abermals eine Fiction. Vielleicht daß man sich dachte: der Schuldner hätte in fraudem creditorum nicht veräußern sollen; und darum fingirte, er habe nicht veräußern können, also nicht veräußert. Ferner muß gegen Huschke, obgleich wir ihm alle Einsicht in diese Klage verdanken, der Zweifel ausgesprochen werden, ob er der Fiction, daß nicht veräußert worden, auch in ihren Folgen treu geblieben sei? Wenn fingirt wurde, daß die Sachen, Forderungen ꝛc. nicht weg= oder aufgegeben seien: wie reimt es sich, daß der dritte Erwerber „die Kläger" hierauf denn doch noch „durch Mancipation und Tradition zu Eigenthümern", „aufgegebene Obligationen und Pfandrechte durch neue Verpflichtung an die Kläger restituiren" mußte ꝛc. (Huschke, S. 68. 69.)? und lag es auch nur im Plan der Klage, die Kläger zu Eigenthümern ꝛc. zu machen? Wie schon bemerkt, scheint uns in der Fiction auch die Rescission gelegen, und die daraus folgende Restitution nurmehr eine factische Zurückstellung der Sachen und Pfänder, erneute Duldung und Sicherstellung von Servituten, eine Zahlung der aufgegebenen Forderungen ꝛc. zu sein. Huschke's Zeugnisse betreffen, wie er selbst bemerkt, die in factum actio (S. 69. Anm. 1 — 4. und mehreres auf S. 70.). — Ist all das richtig, so leidet die Identität der Pauliana actio der Digesten und die rescissoria in rem actio der Institutionen keinen Zweifel. Auch ist klar, daß sie in rem sei; denn der letzte Grund der Klage ist: rem in bonis esse (mansisse) (vgl. die Restitution der Normalformel bei Huschke S. 66.).

Dieser dingliche Charakter der Pauliana actio bewährt sich nun aber nicht durchweg. Denn 1) während es bei sonstigen in rem actiones nur auf das Recht des Klägers, auf das Unrecht des Beklagten dagegen nicht näher ankommt, setzt diese in rem actio ein Delict, oder doch einen delictsartigen Vorgang (ein in fraudem creditorum gestum) voraus. Das Uebel liegt hier in der Verminderung des schuldnerischen Vermögens [*l. 6. pr. D. h. t. — pertinet . . . Edictum ad deminuentes patrimonium suum —; „alienatio"* im w. Sinne *l. 1. §. 1.*], und der hieraus entspringenden Verkürzung der Gläubiger. Bei bloßer Ausschlagung eines Erwerbes (l. 6. pr. — §. 5. eod.),

oder Zahlung von Schulden (§. 6. §. 7. eod.) wäre die Klage nicht möglich; bei der Zahlung von Schulden selbst dann nicht, wenn sie „per gratificationem“ geschähe [trotz *l. 24. eod. cf. l. 96. pr. D. sol. et lib. 46, 3. l. 6. §. 1. §. 2. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5.* Francke, Arch. f. civ. Pr. XVI. S. 251. Vang. §. 697. Anm. Puchta, Vorl. §. 380. 2. b. Huschke, a. a. O. S. 33. Dagegen Laspeyres, Arch. f. civ. Pr. XXI Nr. 2. f. bes. §. 9 u. fg.], oder die Schulden blos naturales wären; denn auch sie sind ein Passivum, weshalb ihre Zahlung keine deminutio patrimonii; auch in ihnen creditor suum recipit (l. 6 §. 6. eod.) [vgl. Puchta, Vorl. a. a. O. Dagegen Francke, S. 269. Huschke, S. 32. Anders Vang. a. a. O. III.]; aus demselben Grunde ist gleichgiltig, ob gezahlt oder in solutum gegeben wird [vgl. Puchta, Vorl. Dagegen alle Vorigen]. Die Contrahirung oder Uebernahme von Schulden (obligatio anstatt alienatio) ist auch als Vermögensverringerung zu betrachten; doch wird hiegegen in anderer Weise geholfen (l. 3 pr. l. 6. §. 9. eod. Huschke, S. 26 fg.). Das Unrecht ist hier wieder keine Rechtsverletzung; ja formell ist der Schuldner in seinem Rechte; es ist wieder Unbilligkeit, Ungerechtigkeit, was hier als Unrecht verfolgt wird, und darum denn auch hier die nahe Verwandtschaft mit i. i. restitutio (l. 10. §. 22. cf. §. 18 — 23. eod.); gleich der halben quod metus und de dolo actio ist die Pauliana actio eine zur propria actio gewordene i. i. restitutio. Das Innere der Schuld endlich besteht in der Absichtlichkeit, mit welcher der Schade gestiftet sein muß. Hiemit hängt nun 2) die zweite Abweichung der P. actio von sonstigen in rem actiones zusammen. Als in rem und überdies universalis actio sollte sie gegen Jeden gehen können, der die veräußerten res (corporales oder incorporales) besitzt. Nun aber ist dies nicht der Fall. Denn mag man darüber, ob auch der weitere, von der Trüglichkeit der ersten Veräußerung unterrichtete Erwerber belangt werden könne, denken, wie man will; das argumentum a contrario aus l. 9. eod. entweder mit Huschke (S. 68.) für „ganz äußerlich“, oder mit uns für schlüssig halten; auch befinden, daß das Edict (l. 1. pr.) eine solche Annahme ausschließe, oder nicht ausschließe: so viel ist gewiß, daß gegen einen b. f. possessor nur ausnahmsweise, in beschränktem

Maße, und erst von der Interpretatio die Klage zugelassen wurde (l. 6. §. 8. in fin. eod. cf. §. 10 — §. 13. eod.). Endlich müßte 3) die Klage, wenn sie blos dinglich wäre, auf jede unstatthafte Veräußerung hin begründet sein können; nun aber muß nicht nur eine fraudulente Veräußerung überhaupt vorliegen, sondern eine fraus insonderheit gegen die Kläger vorliegen (l. 10. §. 1. D. eod.). Nach all dem setzte die Klage edictmäßig nicht nur einen Besitz, sondern eine Schuld, und zwar eine delictartige, persönliche Beziehung des Schuldigen zu den Klägern voraus: reipersecutorische Verfolgung eines Delictes scheint ihr Zweck, in rem actio Mittel zu sein. Wer immer die Gefährde kennend das veräußerte Gut an sich nahm, der sollte durch unsere Klage „gezüchtiget" werden [*l. 6. §. 8. cit. Hoc edictum eum coërcet* —]; eine Klage gegen den „fraudator" selbst ist ohnehin nur Nothfall, und bei den Römern häufiger Rache als Rettung gewesen (l. 1. pr. in fin. cf. l. ult. §. ult. l. 12. eod. Huschke, S. 101. 102. 72.). Erst Interpretatio ließ die Klage auch gegen unschuldige Erwerber zu; aber nur bei unvergoltenem Erwerb und nur auf die noch vorhandene Bereicherung (l. 6. §. 11 — §. 13. l. 25. pr. D. l. 5. C. h. t.). Merkwürdig ist, was auch Huschke (vgl. S. 36. Anm. 1. S. 57. Anm. 1.) übersieht: daß bei Pupillen nicht unterschieden wurde, ob sie gegen oder ohne Entgelt erworben hatten; allein erklärlich dadurch, daß sie nothwendig ignorantes sind, von dem Schuldner also zu leicht (durch wohlfeile Verkäufe ꝛc.) zum Schaden der Gläubiger mißbraucht werden könnten, wenn es auf ihr Wissen oder Nichtwissen ankäme [*l. 6. §. 10. eod. — quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus* . . .].

Nach all dem ist es nicht Willkür, wenn wir die Pauliana actio trotz all ihrer Dinglichkeit unter den Delictsklagen aufführen. So viel uns dünkt, wird die Delictsseite derselben von Huschke zu sehr in den Hintergrund gedrängt, wo nicht verdrängt, und manches aus ihrer Eigenschaft als Universalklage abgeleitet, was uns nur durch den Ursprung der Klage aus einem Delicte erklärt oder entschieden werden zu können scheint (s. bes. Nr. 6. S. 56 — 64.). Nichtsdestoweniger werden wir ihm beistimmen können, daß nur Besitzer des Veräußerten,

also die Erben nicht schon als Erben belangbar sind (S. 62. S. 64. oben); der „fraudator" selbst, dünkt uns, nicht blos dann, wenn er die veräußerte Sache wiederzuerhalten hoffen konnte (Huschke, S. 63. Anm. 1.), sondern auch wenn nicht; denn er möchte dolo desiisse possidere (vgl. oben S. 242. Nr. 2. a. E.); — der böswillige Erwerber auch dann, wenn er für die res pretium bekommen (l. 9. D. h. t.); denn die actio ist nicht nur in rem, sondern auch universalis (Huschke, S. 62. Anm. 4.). Auch war es, bei der Dinglichkeit der Klage, nur Milde, wenn Kläger ihrerseits den etwa noch vorhandenen Gegenwerth restituiren sollten (l. 7. l. 8. eod.). —

Die Klage verjährt in einem annus utilis „ex die factae venditionis" (l. 6. §. ult. eod.). Ist das der Tag der bonorum venditio (nunmehr distractio), wie man gemeiniglich glaubte, oder der der betrüglichen Veräußerung [*„venditio"* aus der Normalformel, vgl. *l. 7 — 9 eod.*], wie Huschke S 38. 3. behauptet? Für Huschke ist Cicero, ep. ad Att. I. 1. §. 3.; gegen ihn l. 10. §. 1. D. h. t. Ita demum revocatur . . . si eventum fraus habuit, sc. si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Hier liegt der Nachdruck allerdings darauf, daß dieselben Gläubiger verkauft haben müssen; aber daß sie verkauft haben müssen, wird vorausgesetzt. Daß dies blos für die in factum actio gegolten habe (cf. l. 10. §. 18. eod.), ist, da fraus doch gewiß für alle Fälle eventum haben muß, nicht anzunehmen. Was Huschke sonst noch anführt, hebt uns über l. 10. §. 1. cit. nicht hinweg, will uns auch an und für sich nicht beruhigen; der curator bonorum, der die Klage allerdings zunächst anstellen soll, möchte nicht minder als ein Tutor auch noch nach der Endigung seines Amtes Einiges besorgen dürfen oder müssen (cf. l. un. C. ut causae post pubertatem adsit tutor 5, 48. l. 5. §. 5. §. 6. D. adm. tut. 26, 7.); daß die Ueberschuldung, und insoweit die Verkürzung der Gläubiger auch vor der Vergantung feststehen könne, ist gewiß, ja wird häufiger der Fall sein, als das Gegentheil; allein darin allein besteht ja noch nicht der eventus fraudis; wie leicht sind, mitten im Concurse, noch „Arrangements" (dimissio creditorum) möglich (l. 10. §. 1. cit. cf. l. 7. §. 17. §. 19. l. 8 — l. 10. pr. pact. 2, 14.), welche den eventus

fraudis nicht minder ausschließen (l. 10. §. 1. cit.), als Einwilligung der Gläubiger in das betrügliche Geschäft (l. 6. §. 9. D. h. t.). Im Zweifel müssen wir l. 10. §. 1. cit. über Cicero stellen.

2) Das interdictum fraudatorium hat sich von der actio Pauliana glaubhaft dadurch unterschieden, daß es Interdict war. Größere Schleunigkeit des Prozesses auf der einen, größeres Risiko der Parteien auf der anderen Seite (Huschke, S. 101 unten, S. 123. 125.) mochten seine Aufstellung rechtfertigen, wenn zwischen ihm und der Pauliana sonst kein Unterschied gewesen sein sollte. Es ist hier nicht Raum für sorgfältige Prüfung, ob die weiteren Unterscheidungen Huschke's (eine Uebersicht s. auf S. 116—118.) sämmtlich bestanden haben; bedenklich ist der Unterschied zwischen gestum und factum (s. u. a. l. 3. §. 2. D. h. t.); auffallend der Satz, daß das Interdict (obwohl schleuniger und gefährlicher) in Gegenstand und Voraussetzung ergiebiger und umfänglicher gewesen sei (Huschke S. 118.), aber zugegeben, daß dem so war: wir getrauen uns nicht zu fordern, daß sie noch sein sollen: aus ähnlichem Grunde, wie der, aus dem wir den Unterschied von reipersecutorischen und pönalen Delictsklagen aufgegeben haben (S. 514 Z. 11.). Ein summarisches Verfahren, das bei uns unwillkürlich die Stelle des Interdictes eingenommen hat, wird genug thun, wenn es auf den Voraussetzungen der actio Pauliana fußt. — Die formellen Unterschiede der in factum actio und des Interdictes haben für uns sicher keine Bedeutung; von den materiellen (Huschke, S. 118. S. 81—116.), wenn sie sämmtlich da gewesen sein sollten, so viel uns dünkt, nur mehr eine: die nämlich, daß sie, bis zur Bereicherung, auch gegen die Erben geht (l. 10. §. ult. l. 11 eod.).

3. Inhalt der Forderung.

a) In der Person des Gläubigers.

§. 124.

In der Person des Gläubigers ist die Forderung Recht, nichts als Recht. Möglich, daß neben diesem eine Pflicht ist; daß beide miteinander zusammenhängen, nicht blos durch die

Person, in der, sondern auch durch das Geschäft, aus dem sie beide, gemeinsam, sind; dann durch die weiteren Bande des Retentionsrechtes und der Compensation; möglich ferner, daß eines neben dem anderen zufällig entsteht: wie z. B. alle Verbindlichkeiten der actiones contrariae: möglich aber auch, daß sie nothwendig beisammen sind (z. B. S. 497. 2. Abs.; S. 503. 2. Abs.); — trotz all dieser Möglichkeiten ist die Obligation in der Person des Gläubigers doch nichts anderes als Recht; wir denken in dem Gläubiger nichts anderes als daß er berechtiget ist; in dem Augenblicke da wir ihn verpflichtet denken heißt er Schuldner. So vielfältige Ansprüche und Verpflichtungen aus einem Geschäft in derselben Person vorkommen mögen, so sind doch Recht und Pflicht immer nur neben, nicht in einander, wie die öffentlichen Rechte und Pflichten (S. 49 oben); verschieden im Gegenstand, im Wesen, im Namen ihrer Subjecte. Bei der „Forderung" pflegen wir nur an das Recht, oder den Gläubiger als Subject zu denken.

Das Recht der Forderung ist lediglich Macht [rechtliche Macht — §. 23; §. 49. S. 175. 2. Abs. a. E.], vor allem Klagrecht — aber auch Recht zu Novation — Delegation — Cession — Verzicht. Jede dieser Mächte pflegt Befugniß zugleich zu sein. Doch werden wir Abweichungen hievon finden. Eine Befugniß aber, die nicht in der Macht enthalten läge, hat der Gläubiger nicht. Insbesondere keine Gebrauchsbefugniß. Die Gebrauchsbefugniß, die mancher Gläubiger hat, ist nicht mehr Inhalt seiner Forderung, sondern deren Erfüllung (S. 175 unten); oder er hat dieselbe nicht mehr als Gläubiger — wie z. B. der Commodator, der nicht nur eine Forderung auf seine Sache hat, sondern auch die Befugniß sie zu gebrauchen, aber nicht als Gläubiger, sondern etwa als Eigenthümer. Soll doch der Gläubiger überall erst bekommen, nicht haben, weder die Sache selbst, noch Rechte daran (§. 88.).

§. 125.

Das Forderungs-Klagrecht ist nach dem allgemeinen Wesen des Klagrechts (§. 24.) das Recht der Forderung, sich geltend zu machen, d. i. sich handelnd (actione) durchzu-

setzen, den säumigen, streitigen, hartnäckigen Schuldner nach gerichtlicher Ueberwindung zur Erfüllung seiner Schuldigkeit zu zwingen. Wir haben schon anderwärts bemerkt, daß „Forderung“ ehedem ein Klags-Name war, und es unserer Sprache zur Ehre angerechnet, daß sie denselben gerade für Obligationen festhielt (s. meine krit. Blätter, Nr. 3. S. 10.); denn einerseits ist unter allen Rechten, welche die Obligatio dem Gläubiger gewährt, keines für ihren Zweck so nothwendig, als das Klagrecht; und keines, das der Obligatio den Curs eines Vermögensstückes (einer „res“) gibt und sichert, als das Klagrecht (§. 89.); — anderseits bleibt es, so viel man neuerdings hiegegen zu retten versucht hat (Kunze, Dr. J. E., die Obligation und die Singularsuccession des röm. und heutigen Rechts. Eine civ. Studie 1856; s. bes. §. 3 — §. 6.), dabei, daß das Eigene der Obligationen nicht in ihrem Gegenstande liegt: in keinem Recht „an Handlungen“ (Puchta), was sich schon schwer aussprechen, geschweige denn denken läßt; in keinem Recht an der Sache, auf oder an welcher sich etwa die Handlung des Schuldners, gebend, tradirend ꝛc. zu bethätigen hat (vgl. S. 361. unten); aber auch nicht in dem Rechte „auf Handlungen“ (Arndts), d. h. in dem Klag- oder Zwangsrechte, das wirklich in den Obligationen liegt; denn unter Umständen kommt auch der Eigenthümer und jeder Andere in re Berechtigte zu dem Rechte, einen Anderen zu Handlungen (der Restitution oder Prästation) zwingen zu können. Also nicht im Gegenstande der Forderung, ja nicht einmal im Forderungsklagrecht, auf das wir doch allen Nachdruck zu legen scheinen, ist das Eigene der Obligation: wir finden es nicht darin daß Gläubiger klagen kann, sondern darin daß er nur klagen kann. Aller Reichthum des Gläubigers liegt darin, daß er klagen kann; alle seine Armuth darin, daß er nur klagen kann. Haben und Nichthaben, Bekommensollen und Erstbekommenmüssen, Sicherheit und Gefahr, sind in der gemeinen, aber durch das Wesen der Sache eingeflößten Vorstellung von Forderungen unzertrennlich verknüpft; unzertrennlich, weil die Forderung Klagrecht und nur Klagrecht ist, während das Eigenthum zunächst eine Fülle von Befugnissen und nur zur Vertheidigung derselben Klagrecht ist (krit. Bl. a. a. O. S. 11.). In unserer Forderung wäre, wenn

wir sie mit „Klagrecht" übersetzen, demnach das Eine und Einzige ausgedrückt, was die Forderung ist und hat.

Wie mögen wir aber sagen, daß Klagrecht das Einzige sei, was die Forderung ist und hat, und ihr zugleich, um von dem Verzichte zu schweigen — doch noch Novations=, Delegations=, Cessions=Recht beilegen? (§. 122.) und „wie mag sich „dann B. das Institut der naturalis obligatio construiren"? (Kunze, a. a. O. S. 10.), die klaglos, und doch eine Obligatio ist? Es ist nun vor allem wahr, daß wir unseren Begriff von Obligationen ohne Rücksicht auf die naturalis obligatio bilden; dürfte aber nicht minder wahr sein, daß wir auf die naturalis obligatio keine Rücksicht zu nehmen brauchen. Denn die naturalis obligatio (im Sinne der klaglosen O.) ist nicht etwa die andere Art von Obligationen, welche mit und neben der civilis die Gattung ausmachte; sondern eine bloße Verkümmerung der civilis obligatio, die sich von dieser denn auch lediglich durch einen Mangel unterscheidet. — Wichtiger ist, daß in der Forderung auch eine Macht der Novation ꝛc. ist. Wir wollen uns nun aber einmal erkühnen zu sagen: die Forderung ist ein Klagrecht, und nur Klagrecht: ist es um deswillen unmöglich, daß in der Forderung auch noch die Macht der Novation, Delegation, Cession, des Verzichtes liege? Unseres Erachtens nicht; denn es bleibt noch möglich, daß die Novation ꝛc. eine Macht des Klagrechts sei. Wenn wir die Forderung mit einem Klagrecht identificiren, so kann dasjenige, was wir vorher der Forderung beilegten, nunmehr dem Klagrecht beizulegen sein; und was wir als eine weitere Macht neben dem Klagrecht zu denken schienen, nunmehr in dem Klagrecht zu denken sein. Es wird sich hiernach nur fragen, ob denn in Wirklichkeit das Klagrecht solche Gewalten in sich schließe. Mit dem Verzichte nun scheint es keinen Anstand zu haben; in jedem Rechte liegt die Macht sich aufzugeben; daß auch für das Klagrecht, dafür zeugt schon äußerlich das pactum de non petendo (§. 41.). Die Cession aber ist, wie wir sehen werden, eine Cession der actio des Klagrechts; von ihr läßt sich keinesfalls behaupten, daß sie in der Forderung als in einem von dem Klagrecht verschiedenen Dinge gelegen sein müsse; denn es können auch in rem actiones cedirt werden (l. ult. C. hered. vel act. vend. 4, 39.);

nichts liegt näher, als daß in der Macht desjenigen der klagen kann, genauer in seiner Klagsmacht, auch die Macht zur Cession liege. Aber auch die Novation geht nicht blos auf persönliche, sondern auch auf dingliche Klagen (l. 18. §. 1. D. accept. 46, 4.); darum läßt sich auch von ihr nicht behaupten, daß sie in der Forderung als in einem von dem Klagrecht verschiedenen Dinge wurzeln müsse. Bei dinglichem Rechte scheint sie uns aber nur denkbar, insoferne dasselbe sich durch An= und Eingriffe zu einem forderungsartigen Klagrecht (petitio — vgl. S. 366. 2. S. 154.) gestaltet. Hier ist es das Klagrecht, welches, und kraft dessen, novirt wird; wir werden kaum Grund haben, zu behaupten, daß es bei der Forderung anders sei. Die Delegation ist aber selbst Novation; der Klagberechtigte kann einen Andern wie zur Klage so auch zur Novation ermächtigen. — Man wird einwerfen: Novation und Delegation sind auch an naturales obligationes möglich; also könne das Klagrecht weder Gegenstand noch Grund der Novation und Delegation sein. Das scheint unüberwindlich; und es mag sein, daß wir wenigstens in Ansehung der Novation und Delegation noch zu dem Zugeständnisse genöthiget werden: daß die Forderung nicht blos Klagrecht sei. Vorderhand aber räumen wir nur so viel ein: daß in der naturalis obligatio kein Klagrecht kraft Klagrecht novirt werde; behaupten aber zugleich, daß hieraus ein Schluß auf die Novation der (klagbaren) Forderung nicht gezogen werden könne. Denn die Novation ist zugleich zerstörend und schaffend, ein modus tollendi und contrahendi obligationem. Um die neue Schuld zu stipuliren, dazu bedürfte es überhaupt keines eigenen Rechtes, nicht einmal einer naturalis obligatio, geschweige denn eines Klagrechts; was dagegen für ein Recht erforderlich sei, um mit Stipulirung der neuen Schuld zugleich die alte Obligatio zu tilgen, — daß irgend eines da sein müsse, versteht sich von selbst, — das hängt von dem Rechte ab, welches vertilgt werden soll. Wird eine naturalis obligatio novirt, so wird — fast dürfen wir so sagen — eine Verpflichtung, aber kein Recht zerstört; was man die Rechte der naturalis obligatio nennt, scheint uns so passiver Natur zu sein, daß es den Namen eines Rechtes nicht verdient, oder aber in andere Rechte (pignoris obligatio, fidejussoria obligatio) übergeht; wenn da=

gegen eine (klagbare) Forderung novirt wird, liegt die Zerstörung eines Klagrechtes vor uns, und dieser ist Niemand mächtig, als wer das Klagrecht hat, oder durch den Klagberechtigten ermächtiget ist. Hiernach läßt es sich wohl begreifen, daß bei der naturalis obligatio eine Novation vorkommt, und daß hinwiederum die Novation dennoch ein Klagrecht zum Gegenstand und Grund habe. Denn da und dort ist die Novation eine andere; dort tilgt sie die noch übrige passive Hälfte der Obligation, hier mit der Schuld ein Recht; dort kann sie kein Recht tilgen, aus keinem stammen, und keines sein; hier tilgt sie ein Klagrecht, und muß also ein Recht haben; sie tilgt ein Klagrecht und nichts als ein Klagrecht; es liegt nichts näher, als daß das Recht, welches dieser Novation zu Grunde liegt, das zu tilgende Klagrecht selber sei. Wenn wir sagen, daß in dem Klagrecht auch das Recht der Novation enthalten sei, so ist schließlich nicht mehr gesagt, als daß in demselben das Recht der Selbstvertilgung, oder des Verzichtes liege. —

Indem wir bisher nicht nur alles Recht der Forderung in dem Einen Recht der Klage finden, sondern zugleich aussprechen, daß die Forderung überhaupt nichts anderes sei, als dieses Klagrecht, scheint wenigstens der Vorwurf, daß hierüber die Schuldseite der Obligatio vernachlässigt werde (Kuntze a. a. O. S. 10.), gegründet. Indessen versteht sich von selbst, daß das Klagrecht auf der einen Seite schon in seiner Allgemeinheit irgend eine Verpflichtung voraussetzt. Ferner wollen wir nicht gesagt haben, daß das Forderungs-Klagrecht bei dem Klagrecht in irgend einer vagen Allgemeinheit sein Bewenden habe; vielmehr ist bereits oben (§. 90.) vorgekommen, daß unser gegenwärtiges Klagrecht sofort mit seinem ersten Dasein gegen eine bestimmte Person gerichtet sei, weil es nicht wie die Vindicationen Bestandtheil eines weiteren Rechtes, sondern lediglich ein Bekommensollen ist, mit diesem aber weder Alle, noch wie vom Bettler beliebig Dieser oder Jener in Anspruch genommen werden. Mit dieser bestimmt persönlichen Richtung unses Forderungsklagsrechtes ist also eine weitere Bestimmung und Bestimmtheit der dem Klagrecht entsprechenden Verpflichtung von selbst gegeben. Mit der Forderungsseite sprechen wir also nothwendig die Schuldseite aus, und mit dem gewissen Rechte die gewisse Pflicht. Nachdem

der Römer Jahrhunderte lang einseitig von seiner obligatio gesprochen hat, dürfen wohl auch wir einseitig von unserer Forderung sprechen.

Hier muß noch wiederholt werden, daß, damit ein von keinem weiteren Rechte getragenes Klagrecht gegen eine bestimmte Person da sei, irgend ein eigenthümlicher Grund der Berechtigung vorliegen müsse. (§. 91.) Wir haben diesen Grund (causa obligationis) in seinen verschiedenen Gestalten kennen gelernt. Er ist so sehr den Obligationen eigen, daß ihn die Römer selbst wieder obligatio (Obligirung) nennen konnten. Indessen ist er immerhin blos der Grund der Obligatio, nicht sie selbst; sie selbst suchten wir zu fassen: als „ein sofort mit seinem Dasein gegen eine gewisse Person gerichtetes Klagrecht“ — Forderung.

§. 126. Fortsetzung.

Das Forderungsklagrecht ist gleich jedem anderen Klagrecht eine Macht, weil es nur von dem Berechtigten, (und nur kraft seines Rechtes durch Andere) ausgeübt werden kann [*Gaj. IV. 81. — agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio* —]. Wäre es bloße Befugniß, so müßte jeder Dritte es ausüben können, wenn er gleich nicht dürfte. — Das Klagrecht soll aber in seiner Ausübung leben und sterben; indem es sich verwirklichet untergehen (prozessualische Consumtion). Das Vindicationsrecht geht durch Ausübung unter den Personen und für den Fall unter, als es zur petitio geworden ist; kann aber weil in rem entstanden und vorhanden, nichtsdestoweniger gegen andere Personen und für andere Fälle fortbestehen; hingegen die Forderung (das Forderungsklagrecht), weil von Anfang nicht nur in personam, sondern gegen eine gewisse Person, muß in der Ausübung — woferne keine Ausnahmen gemacht werden — überhaupt und für alle Fälle untergehen; sie kann nur einmal ausgeübt werden (vgl. S. 158 unten). Wenn wir also die Macht unseres Klagrechts darein verlegen, daß es nur der Berechtigte, oder sein Vertreter ausüben kann, so hat dies nicht blos den allgemeineren Sinn, daß der Schuldner des A nicht von einem beliebigen X belangt werden könne, sondern zugleich den versteckteren: daß nur der A oder seine Vertreter

die Klage in litem deduciren, d. h. klagend consumiren können (S. 152.). Wäre dieses Recht eine bloße Befugniß, so würde Jeder Dritte die Klage consumiren können, wenn er gleich nicht dürfte und etwa dafür gestraft würde.

Man möchte nun sagen: Jeder, der klagen kann, darf klagen; Jeder, der klagen darf, kann klagen; kurz Befugniß und Macht fallen zusammen, und ihre Unterscheidung ist nichts als ein Ausfluß der bekannten „skeptischen“ Richtung. Und, aufrichtig gesprochen, würden wir diesen Einwand lieber gehört haben, als den, daß unsere „rechtliche Macht“ etwas Altes, und insbesondere bei Puchta und Savigny Vorkommendes sei (Kuntze a. a. O. SS. 7. 8.); denn so wird der Leser auf die bei Puchta wie Savigny über diesen Punkt herrschende Unbestimmtheit und Unfertigkeit zurückverwiesen, während er im anderen Falle zur genaueren Prüfung, und dann jedenfalls zu etwas Entschiedenem gekommen wäre. Aber während wir nie daran dachten, zu behaupten, daß die Vorstellung von einer „rechtlichen Macht“ erst in uns entstanden sei, vielmehr Hinweisungen auf einzelne Anwendungen derselben bei Arndts u. A. und in unseren früheren Definitionsversuchen vorkommen (krit. Blätter, Nr. 3. S. 9. Anm. 5.), möchte es doch jetzt im Interesse der Sache sein, zu bemerken, daß wenigstens Kuntze nicht zu denjenigen gehört, die diesen Begriff gefaßt haben; er hätte sonst dasjenige, was wir als rechtliche Macht bezeichneten, unmöglich mit dem identificiren können, was bei Savigny und Puchta diesen Namen hat. Unsere rechtliche Macht liegt allerdings in dem allgemeineren Begriffe eines Rechts enthalten; allein innerhalb dieses allgemeineren Begriffes und neben ihr steht die Befugniß; ohne die Scheidung der rechtlichen Macht von der Befugniß kann von einer rechtlichen Macht in unserem Sinne keine Rede sein. Diese Scheidung ist, im Einzelnen, und unwillkürlich, weil nothwendig, zu allen Zeiten und oft gemacht worden (z. B. gelegentlich der lex perfecta und imperfecta); nirgends aber definitionsweise, allgemein, in keinem der „allgemeinen Theile“, nirgends gesetz- und gleichmäßig, nicht einmal an einem einzelnen Rechte, geschweige denn durch das ganze System der Rechte hindurch. Namentlich ist von dieser Scheidung bei Savigny und Puchta, weder in ihren Betrachtungen über das Recht überhaupt, noch in denen über die

Forderung, das Eigenthum u. s. f. insbesondere, etwas zu finden. Bei Puchta z. B. (P. §.32.) unterscheidet sich der Inhalt eines Rechtes nach allem möglichem, nur nicht in sich selbst (als Befugniß und Macht). Er definirt das Recht (im subj. S.) als „die rechtliche, d. h. durch das Recht, den allgemeinen Willen, anerkannte Macht über einen Gegenstand“ (Vorl. I. §. 30.), und namentlich hieraus scheint Kuntze (S. 9 unten) zu schließen, daß wir „nichts Neues, aber wohl viel Wenigeres als Puchta gegeben haben“ (S. 9 unten, §. 3 a. E.); allein wenn diese Macht nicht dennoch als eine physische (vom Recht erlaubte), sondern als rechtliche gedacht ist, so wird doch die Befugniß in dem Worte Macht hier mitbegriffen; denn einerseits läßt uns Puchta nirgends ihre Unterscheidung ahnen, und anderseits paßt unter diese Definition auch die Befugniß. — Wir müssen nun aber zurückkehren zu dem selbstgemachten Einwand, daß unsere Unterscheidung von Befugniß und Macht wenigstens hier, in der Forderung, eine eingebildete sei, weil wer klagen dürfe, auch klagen könne, und umgekehrt. Und in der That wüßten wir Niemanden, der klagen dürfte und nicht könnte. Dagegen kommt es sicher vor, daß Jemand klagen kann, aber nicht darf. So nach classischem Rechte und noch lange nachher im Falle der actio nondum nata; wenn hier vor der Zeit geklagt wurde, consumirte Kläger die Klage, aus keinem anderen Grunde, als weil er auch vorher potestatem agendi hatte; er fiel aber durch, gewiß aus keinem anderen Grunde, als weil er nicht hätte klagen sollen, d. h. weil er nicht klagen durfte [*Gaj. IV.* §. *123.* — *nec enim* *adhuc* *ei potestas agendi superest re in judicium deducta* . .; vorher hatte er diese Macht noch; — *observandum est autem* . . . *ut differat actionem*“ d. h. er sollte noch nicht klagen]. Hätte Kläger hier vor der Zeit auch keine Macht zu klagen, so müßte, wie bei der lex perfecta, die gegen das Verbot oder Nichtdürfen vorgenommene Handlung, hier Klage, ohnmächtig, nichtig, also auch nicht consumirt sein. Nun aber hat sie Kraft, und zehrt sich — wenn wir das römische Bild einflechten dürfen — eben deswegen auf. Das spätere Recht, nach welchem hier und in den anderen Fällen dilatorischer Exceptionen zwar Kläger durchfiel und überdies gestraft werden, die Klage jedoch nicht consumirt sein sollte (§. 10. J. exc. 4, 13.),

läßt sich, wenn überhaupt, nur dadurch rechtfertigen, daß die ganze Verhandlung nichtig ist [vgl. die Gegensätze von *nihil* und *male agere: l. 1. §. ult. D. quando die ususfr. 7, 3*: — *agentem ante diem ususfructus nihil facere, quamvis alias, qui ante diem agit, male agat*]; der Umstand aber, daß sie nichtig ist, nur dadurch, daß Kläger nicht klagen konnte. Hiemit werden wir aber zugleich zu der Annahme gedrängt, daß der Gläubiger vor dem dies ein Klagrecht entweder überhaupt nicht hat, oder daß er nur die Potenz dieser Macht hat. Das classische Recht, scheint es, wollte von einer solchen Potenzenlehre nichts wissen. — Wenn die exceptio plus petitionis tempore sofort in jure liquid war, kam Kläger (durch denegatio actionis — Abweisung a limine) auch in die Lage, daß er nicht klagen konnte; allein diese Ohnmacht war keine rechtliche, sondern eine physische, in dem äußerlichen Hindernisse gelegen, daß der Prätor bei solchem Streite nicht mitthat — keine Formel aufsetzte, keinen Richter ernannte, kurz kein Judicium ordinirte; der Prätor versagte dem Kläger die äußere, physische Entfaltung seines Klagrechts, um ihn vor dessen fruchtloser Aufzehrung zu bewahren, setzte also voraus, daß Kläger Klagrecht hatte. In ähnlicher Weise versagt die Natur dem Wahnsinnigen die natürliche Entfaltung der ihm vom Recht aus innewohnenden Rechts- oder Handlungsfähigkeit (S. 37.).

Eine gleich hier zu erledigende exceptio plus petitionis tempore, die zur Hälfte von allgemeinerem, regelrechterem und denn auch früherem Ursprung ist, zur anderen Hälfte aber die Natur eines Privilegiums hat, ist die aus dem sogenannten Moratorium [*„praescriptio moratoria": l. 8. C. qui bon. cedere possunt 7, 71. cf. l. 7. §. 17. — l. 10 pr. D. pact. 2, 14; — l. 2. l. 4. C. precibus imperatori offer. 1, 19.* Reichs-pol. O. Tit. 23. §. 4.]; ferner eine der vorigen nicht unähnliche exceptio: aus der cessio bonorum [*l. 3. C. bon. auct. jud. poss. 7. 72. cf. l. 4. §. 1. l. 6. D. h. t. 42, 3.*].

§. 127.

Beschränkung des Klagrechts.

Von der mit dem Klagrecht identischen rechtlichen Macht muß die leibliche unterschieden werden, welche nöthigenfalls

entweder den Schuldner zur Zahlung zwingen, oder den Gläubiger wider Willen des Schuldners bezahlt machen soll. Diese leibliche Macht war vordem die eigene des Gläubigers (manus injectio, ductio), ihre Ausübung eine an bestimmte Voraussetzung geknüpfte Befugniß; heutzutage ist sie gemeinhin öffentliche Gewalt, und ihre Anrufung ein Bestandtheil der rechtlichen Klagsmacht.

Der Ausübung dieser Gewalt können, so gegründet die Forderung sein mag, Hindernisse entgegenstehen und Schranken gesetzt sein; natürliche und rechtliche. Die natürlichen können in der Mittellosigkeit des Schuldners (Insolvenz), oder in der Mittellosigkeit, denkbarerweise auch Willenslosigkeit der „Gewalt" liegen; die rechtlichen haben sämtlich in irgend einer Mittellosigkeit des Schuldners ihren Anlaß, in einer Einschränkung der Hilfsvollstreckung ihren Zweck, — und bald in Privilegien (Moratorien, beneficium competentiae, cessionis bonorum, dationis in solutum, Prioritätsprivilegien), bald in gemeinem Rechte (Concursrecht, Majoritätsbeschlüssen), ihren Grund. In der Einschränkung haben wir bald eine der Zeit (Moratorien, benef. cess. bon. s. §. 124. a. E.), bald eine des Umfangs oder Gegenstandes (benef. competentiae, dationis in solutum), bald eine der Freiheit und Gleichheit unter den mehreren Gläubigern (Concursrecht, und seinen Privilegien).

Das beneficium competentiae wird als exceptio geltend gemacht (l. 7. pr. D. except. 44, 1.), die jedoch diesmal eine „conditio quae minuit damnationem" (S. 130. §. 39.), also technisch nicht Bedingung, sondern ein Modus der Condemnation, und zwar auf den Umfang derselben gerichtet ist [*„in quantum (in id quod) facere potest condemnatur* z. B. *l. 19. §. 1. D. re jud. 42, 1. l. 173. pr. D. r. j.*]. Darin, daß der Beklagte nicht auf mehr als er (meist ohne Abzug der Schulden, l. 49. D. re jud.) hat, verurtheilt werden kann, liegt die nothwendige, und ursprünglich einzige Bedeutung und Wirksamkeit dieser Exceptio. Wenn es wahr ist, daß wir auch heutzutage noch eine processualische Consumtion haben (S. 151.), muß sich auch heutzutage der Kläger, wenn er auf den ungetilgten Rest seines Guthabens eine Forderung behalten will, caviren lassen; noch nach justinianischem Rechte hat er einen

Anspruch darauf (l. 1. §. 7. C. rei ux. act. 5, 13. — cf. l. 63. §. 4. D. pro soc. 17, 2. l. 47. §. 2. D. pecul. 15, 1.) — doch eher ein Beweis, daß die prozessualische Consumtion noch existirte — (wogegen Vang. §. 174. Anm. 1. Nr. 1. a. E. und die dort Agff.). Wenn Praxis und Doctrin von dieser Caution Umgang nehmen, so läßt sich dies nur durch die Annahme rechtfertigen, daß die Caution (nuda promissio), nicht daß die Fortdauer des Klagrechts sich von selbst verstehe. Ob auch nach der Verurtheilung auf quantum facere potest wenigstens eine naturalis obligatio auf den Ueberschuß? (cf. l. 8. l. 9. D. cond. ind. 12, 6.). — Was zu dieser einfachen und nothwendigen Bedeutung unseres Privilegiums hinzukam, ist das, daß auch die Execution beschränkt werden soll; l. 173. pr. D. r. j. — non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant; was der Kläger hiedurch weniger bekommt, ist ihm später nachzufordern allerdings nicht verwehrt; anderseits kann ihm die exceptio mit dieser Wirkung noch in der Executionsinstanz entgegengehalten werden (arg. l. 5. pr. D. quod cum eo 14, 5. l. 41. §. ult. D. re jud. etc.). — — In allen Fällen ist diese Exceptio personae cohaerens (l. 7. pr. D. exc. 44, 1.), in allen Fällen also aus persönlicher Rücksicht ertheilt (privil. personae), selbst da wo sie der causa anzukleben scheint [in der Person des *socius: §. 38. J. act. l. 63. pr. D. pro soc. 17, 2. „jus fraternitatis quodammodo habet“* vgl. dag. *l. 16. D. re jud. 42, 1.;* des Schenkers: *l. 19. §. 1. l. 41. pr. l. 49. D. re jud.;* des Ehemannes, seines Vaters, seiner Kinder, gegen die Dotalklage: *l. 21. l. 23. l. 24. pr. D. re jud. l. 12. l. 13. l. 15. §. 2. l. 16. l. 17. §. 2. l. 18. pr. D. sol. matr. 24, 3;* des Schwiegervaters gegen die noch während der Ehe angestellte Klage des Mannes aus einem Dotalversprechen *l. 21. l. 22. pr. de re jud.*], geschweige denn in der Person der Aeltern gegen ihre Kinder (l. 16. l. 17. D. re jud. — auch der Kinder gegen die Aeltern? cf. l. 30. eod.), der Ehegatten gegen einander (l. 20. eod.), der Soldaten (l. 6. pr. l. 18. D. re jud.), der erst vor Kurzem ohne erhebliches Vermögen aus der Gewalt befreiten Kinder gegen Forderungen aus der Zeit der Gewalt (l. 2—5. D. quod cum eo, qui in aliena pot. 14, 5.), des Schuldners gegen Forderungen aus der

Zeit vor seiner bonorum cessio (§. ult. J. act. l. 4. §. 1. D. cess. bon. 42, 3.). Mehreres über diese einzelnen Fälle s. bei Wang. §. 174. Anm. 2. Wo die Forderung aus dolus oder aus Delicten entspringt, fällt alle persönliche Rücksicht hinweg (l. 22. §. 1. l. 52. D. re jud. l. 4. §. 2. D. quod cum eo, qui in alien. pot. l. 21. §. ult. D. rer. amot. 25, 2.); desgleichen bei betrüglicher Insolvenz (l. 51. pr. D. re jud. l. 63. pr. §. 7. D. pro soc.). Replik aus einem Verzichte wäre nicht blos in dem Falle der l. 14. §. 1. D. solut. matr. unziemend.

Das beneficium dationis in solutum s. in Nov. 4. cap. 3. (vgl. J. R. A. §. 172.); das besondere Vorrecht der Kirchen und milden Stiftungen in Nov. 120. c. 6. c. 7. Auth. zu l. 14. C. ss. eccl. (1, 2.) „Hoc jus porrectum etc."; überhaupt Marezoll, in Löhrs Magazin Bd. IV. S. 230.

Das Concursrecht (zum Unterschied vom Concursprocesse) besteht wesentlich darin, daß die mehreren Gläubiger eines Schuldners, während sie sonst ihre Forderungen unabhängig voneinander eintreiben können (l. 6. §. 7. l. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. 42, 8.) ihre Befriedigung gemeinschaftlich suchen müssen. Die Befriedigung ist zur „communis causa" aller concurrirenden Gläubiger geworden (vgl. Cic. ad Att. I. 1. §. 3. l. 5. §. 2. D. ut in poss. legat. 36, 4: — nam is qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet); der Schuldner „communis debitor" (z. B. l. 6. C. bon. auct. jud. poss. 7, 72.); sein Vermögen selbst Gegenstand einer communio (l. 10. pr. eod.); — diese communio aber nicht etwa blos eine des Prozesses, sondern zugleich eine der Rechte; die Gläubiger können ihre Befriedigung nurmehr nach Proportion ihrer Forderungen suchen [*l. 6. §. 7. cit. — qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris*]. So setzt das Concursrecht Gleichheit der Befriedigung an die Stelle der Freiheit [*quum jam par conditio omnium creditorum facta esset*]. Diese Gleichheit ist dann aber wiederum durch verschiedenartige Privilegien (exigendi) unterbrochen [*personarum:* des Fiskus: *l. 34. D. reb. auct. jud. poss. 42, 5;* — des Regenten und seiner Gemahlin: *l. 6. §. 1. D. jure fisci 49, 14;* — der Städte: *l. 38. D. h. t. 42, 5.;* — der Ehe-

frau oder Braut für ihre Dotalforderung: *l. 17. §. ult.* — *l. 19. pr. eod. l. unic. C. privil. dot. 7, 74;* — Bevormundete für ihre Pflegschaftsforderungen gegen Tutoren, Protutoren, Curatoren, Geschäftsführer: *l. 19. §. 1 — l. 23. D. h. t.;* — *causarum:* von Forderungen wegen Beerdigungskosten: *l. 17. pr. eod. l. 45. D. relig. 11, 7.;* — wegen der Kosten der Krankheit, an welcher der Schuldner gestorben ist; — des Gesindelohnes (beides nach der Praxis); — wegen Vorschusses zum Wiederaufbau eines Gebäudes: *l. 24. §. 1. D. h. t. l. 25. D. r. cr. 12, 1.;* — oder Besorgung der Reparatur eines gemeinschaftlichen Hauses durch den einen Miteigenthümer *l. 52. §. 10. D. pro soc. 17. 2;* — wegen Vorschusses zur Anschaffung, Erbauung, Reparatur eines Schiffes: *l. 26. l. 34. D. h. t.;* — wegen unverzinslicher Bank-Depositen; auch wegen solcher bei Banquiers? *l. 24. §. 2. D. h. t. „fidem publicam secuti“ l. 7. §. 2. D. dep. 16, 3;* „nach der Praxis aber wohl überhaupt für die *actio dep. directa“;* — wegen Auslösung eines privilegirten Gläubigers: *l. 24. §. 3. D. h. t. l. 2. D. cess. bon. 42, 3.* Vgl. überhaupt Arndts, P. §. 227.]. Unter den privilegirten gehen (von den absolut privilegirten abgesehen), wieder einige den anderen vor: jene Depositenforderungen (wenn das depositum nicht irregulare ist — ll. citt.) — die des Fiskus, des Regenten und seiner Gemahlin — nach der gewöhnlichen Meinung auch die der Städte. Poenales actiones sollen anderen nachstehen (l. un. Cod. poen. fisc. 10, 7. l. 17. D. jure fisci; aber s. l. 37. eod.); dies kann höchstens noch bei Fiskalstrafen in Frage kommen (S. 514, 2.). Pignoris obligatio kann in jene Gemeinschaft und Gleichheit der Rechte begreiflich nicht hineingezogen werden (l. 6. l. 10. pr. C. h. t. 7, 72); der des Prozesses aber muß sie sich bei Gefahr der pignoris distractio zu Gunsten der chir. Gläubiger, im Interesse der letzteren, heutzutage unterwerfen. Zudem werden nicht blos die s. g. Massaschulden (l. 8. in fin. D. dep. cf. l. 72. D. ad leg. Falc. 35, 2.), sondern auch einige andere Forderungen (wegen Begräbniß-, Krankheitskosten, Gesindelohns, und rückständiger öffentlicher Abgaben) nach heutigem Rechte von der ganzen Masse abgezogen (s. g. absolut privilegirte Forderungen). — Dieses Concursrecht setzt Eröffnung des Concurses [durch richterliches Dekret nach vor-

gängiger Insolvenz-Erklärung des Schuldners *(cessio bonorum)* oder auf Antrag der Gläubiger: in beiden Fällen nicht ohne Nachweisung der Insolvenz] voraus, und hört mit dem Concursprozesse (im Verstrich der Masse und Theilung des Erlöses) auf. Heutzutage nimmt es dem Schuldner zugleich mit der Concurseröffnung und stillschweigend die Dispositionsbefugniß; eine Pauliana actio kann von da an nicht mehr entstehen. (Im Uebrigen s. Bayer, Theorie des Concursprozesses, 4. Aufl. 1850.)

§. 128.

Die Anforderung.

Daß „Forderung" Klage und Klagrecht bedeute, ist in Vergessenheit gerathen; wer heutzutage ihrem Wortsinn nachgeht, pflegt bei dem „Anfordern" stehen zu bleiben. Weil das Anfordern ein wenig werthvolles Recht zu sein schien, das werthvollere Klagrecht aber darunter verdeckt lag, machte man bei den modernen Definitionen der Obligatio von der „Forderung" überhaupt wenig Gebrauch, verlegte sich wenig auf das Klagrecht, geschweige denn auf das Anfordern. Nachdem wir nun aber das ganze Recht der Forderung auf eine „Forderung" im alten Sinne des Wortes (Klagrecht) zurückgeführt haben, wird auch die „Forderung" modernen Wortsinnes etwas mehr Anhalt und Bedeutung finden. Denn wo wir nicht irren, ist das Anfordern im Klagrecht begriffen, eine erste und glimpflichste, aber nichtsdestoweniger eine Aeußerung des Klagrechts, das Anforderungsrecht ein Stück Klagrecht, rechtlicher Macht; das Anfordern ohne Klagrecht nichts, das Anfordern mit Klagrecht von rechtlicher Wirkung, und also werth ein Rechtsgeschäft (Actio im weiteren S.) und ein Recht genannt zu werden.

Der Zusammenhang, den wir zwischen dem Forderungsklagrecht und der Anforderung herzustellen wünschen (vgl. S. 167. oben), wäre sofort einleuchtender, wenn für letztere nicht der Ausdruck interpellare noch in der classischen Rechtssprache aufgekommen wäre. Indessen möchte man sich auch unter dem interpellare kein gemeines Faktum, sondern, schon seiner publicistischen Herkunft nach, irgend einen Rechtsact gedacht haben [*cf. l. 12. pr. D. relig. et sumt. 11, 7. — non . . etiam civilem actionem inducit, sed extra ordinem interpelletur —*].

Dann ist dieser Ausdruck nicht im alleinigen Gebrauche. Nicht selten steht petere auch für bloße Anforderung: z. B. in l. 2. §. 1. D. quod legat. (43, 3.). vgl. l. 20. §. 6. in fin. D. her. pet. (5, 3.). Ueberhaupt bedenke man den Ausdruck „per judicem petere" (z. B. l. 22. D. r. cr. 12, 1.). Was von petere, gilt auch von convenire (debitorem) l. 23. §. 1. D. usur. et mor. 22, 1.: l. 12. C. Th. exact. 11, 7. vgl. l. 10. §. 3. D. quae in fraud. cred. 42, 8. l. 122. §. 3. D. v. o. 45, 1. Dirksen, Man. lat. font. j. c. r. ad h. v. §. 3. Durch diese beiden letzteren Ausdrücke tritt aber die Anforderung mit der Klage bereits in äußeren Zusammenhang.

Wir sagen 1) die Anforderung (interpellatio) ist von rechtlicher Wirksamkeit, Rechtsgeschäft — Actio im w. S. Denn a) was man alles unter den Wirkungen der mora debitoris zu begreifen pflegt, erscheint auch als Wirkung der Anforderung. Ist doch die Mora selbst Wirkung der Anforderung: [*l. 32 pr. D. usur. et mora 22, 1. Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus . . non solverit — Paul. R. S. III. 8. §. 4. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur*], die Anforderung ein „moram facere" (l. 24. §. 2. D. h. t. 22, 1.). Jene Wirkungen bestehen aber allgemein in einer Erweiterung der schuldnerischen Haftung: insbesondere in einer Erstreckung derselben über den Untergang der schuldigen Sache hinaus [*perpetuatio obligationis: l. 91. §. 3. D. v. o. l. 58. §. 1. D. fidej. 46, 1. l. 24. §. 2. D. h. t.;* für die Beschränkung *„si res peritura non fuit etc."* jetzt auch Mommsen F., Beitr. zum Oblig. R. *III.* Abth. Die Lehre von der Mora. 1855. S. 183. vgl. Vang. §. 588. Anm. 3. und die dort Agff. *l. 12. §. 4. D. ad exh. 10, 4. l. 14. §. 11. D. quod met. c. l. 47. §. 6. D. leg. I.* Dagegen, Madai, die Lehre von der Mora. 1837. §. 46.], in einer Ausdehnung ihres Gegenstandes auf das Interesse der Erfüllung [*l. 21. §. 3. D. a. e. e. v. 19, 1. l. 38. §. 1. D. h. t.* 22, 1; darum auf den höchsten Werth der Sache seit dem Verzug, wenn diese selbst prästirt werden muß: *l. 21. §. 3. cit. l. 3. §. 3. D. a. e. e. v.;* bei Geldschulden auf Verzugszinse: *l. 32. §. 2. l. 34. D. h. t.* vgl. S. 393. Z. 16. 17.]. b) Die Anforderung muß auch, um rechtlich wirksam zu sein, gleich anderen Rechtsgeschäften in

gewisser Weise vor sich gehen: am rechten Ort (l. 32. pr. D. h. t. Mommsen a. a. O. §. 6.), an die rechte Person (§. 3—§. 5 eod.; — l. 24. D. v. o.; Mommsen §. 8.), mit dem rechten Ernst, wenn auch in beliebiger Form (Mommsen §. 5. §. 6.). So setzt die Anforderung denn auch Handlungsfähigkeit voraus (Mommsen, S. 51.). — Es ist streitig, ob die Anforderung für sich den Schuldner in moram versetze, oder ob eine Verschuldung desselben, und was für eine hinzukommen müsse (vgl. Mommsen, §. 8. Vang. §. 588. Anm. 1. Arndts P. §. 251. Anm. 7.). Fast fürchten wir, daß die Frage unrichtig gestellt sei. Die Mora, wenn wir sie nicht als den bloßen Verzug, sondern als den straffälligen Verzug denken, muß eine Verschuldung nicht blos voraussetzen, sondern selbst sein („per te factum est, quominus id mihi dares" der andere Ausdruck für mora — l. 5. D. r. cr. 12, 1.). Wenn man aber die Quellen fragt, wann diese Verschuldung da sei, so geben sie wenigstens keine unmittelbare Antwort [am ehesten noch *l. 5. D. r. cr.*]; dagegen werden manche Fälle namhaft, in denen eine Entschuldigung vorliegt (l. 63. l. 99. D. r. j. l. 24. pr. D. h. t. cf. l. 82. §. 1. D. v. o.; — l. 21 — l. 23. pr. D. h, t. l. 5. §. 1. D. collat. 37, 6.); unter diesen namentlich auch der, „daß die Leistung nicht in potestate des Schuldners ist" [*l. 5. D. r. cr. cit.*; „daß Schuldner nicht leisten kann", wäre eine falsche Uebersetzung: *l. 137. §. 4. D. v. o.* Mommsen S. 61 fg.]; darnach wäre es wohl quellenmäßiger, zu fragen, wann trotz geschehener Anforderung der Verzug keine mora, keine Verschuldung [oder eine entschuldbare Mora: *„mora inculpata" l. 9. §. 1. D. h. t.*] vorliege — und für die „probatio morae" (l. 32. §. 1. eod. vgl. Mommsen S. 23.) nicht gleichgültig. Auch eine Entschuldigung des Verzugs, aber eine nachträgliche, und Begründung einer mora creditoris zugleich ist die purgatio (emendatio morae) (l. 73. §. 2. l. 91. §. 3. D. v. o. l. 72. §. 1. D. sol. et lib. 46, 3.). Ohne Anforderung (ex re) kann eine mora debitoris zwar auch vorkommen; allein nur ausnahmsweise (arg. l. 32. pr. eod. Paul. R. S. l. cit. vgl. Mommsen S. 22.), in Fällen, wo dieselbe nicht möglich ist (l. 23. §. 1. D. h. t.), oder der Verzug auch ohne sie straffällig scheint (l. 8. §. 1. D. cond. furt. 13, 1. l. 7. C. cond. ob turp. c. 4, 7. l. 1. §. 35. l. 19. D. de vi 43, 16;

l. 46. §. 4. C. episc. 1, 3. cf. Nov. 131. c. 12. Doch s. Mommsen, S. 128. Nr. 3.). Eine Ausnahme letzterer Art scheinen diejenigen zu wollen, welche das Sprüchwort: Dies interpellat pro homine vertreten (Madai, Mora §. 16 — 24. Vang. §. 588. Anm. 2.); worüber noch nachher. — Die Anforderung setzt aber 2) um wirksam zu sein, ein Anforderungsrecht, und zwar eine rechtliche Macht voraus, weil ein Anderer als der Berechtigte sie nicht (wirksam) ausüben kann (l. 24. §. 2. D. h. t.). Diese Macht ist aber 3) keine andere als die des Klagrechts, oder ein Theil desselben; ein Kleineres in Größerem, als außergerichtliche Belangung des Schuldners in der gerichtlichen. Darum keine Mora ohne Klagrecht [*l. 88. D. r. j. Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. cf. l. 54. D. pact. 2, 14. l. 128. D. v. o.*]; wir können auch sagen: kein Anforderungsrecht ohne Klagrecht; — darum keine Befugniß zur Anforderung, und keine mora vor der actio nata (l. 49. §. 3. D. v. o.); weshalb denn auch der dies ex quo (mit dem der Tag, an welchem die Leistung stattfinden soll, nicht zu verwechseln ist vgl. Mommsen S. 28 fg. z. B. l. 33. D. v. o. l. 10. C. a. e. 4, 49. l. 114. D. v. o.) nicht blos die Klage, sondern auch unsere Anforderung ausschließt [*diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore — l. 41. §. 1. D. v. o. cf. l. 17. D. r. j.*], und wenn er gekommen ist, wie die Klage, so auch unsere Anforderung zuläßt, nicht aber ersetzt, nach heutigem Rechte so wenig als nach römischem; eine irrthümliche Praxis wird vor besserer Einsicht (Neustetel, Arch. f. civil. Pr. V. S. 221 fg. Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß IV. S. 100 fg. Wolff, z. Lehre v. d. Mora 1841, §. 27 — 29.), wenn diese nur allgemeiner wird, nie Stand halten; (s. dag. Mommsen §. 11.) — darum endlich die gerichtliche Belangung von ähnlicher Wirksamkeit wie die außergerichtliche.

Von den (bald mit mehr, bald mit weniger Recht) so genannten Wirkungen der Litiscontestation nämlich ist eine den Wirkungen der Anforderung oder Mora sehr ähnlich, wo nicht eins mit ihnen. Wir meinen diejenige, welche am allgemeinsten in einer oratio D. Hadriani bezüglich der hereditatis petitio ausgesprochen ist: „ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit,

restituta esset hereditas" (l. 40. pr. D. her. pet. 5, 3.), und nicht etwa blos in der Ausdehnung der Haftung auf Früchte *rc.* (— vgl. §. 1 — §. 4. eod. §. 2. J. off. jud. 4, 17.), sondern namentlich auch in einer Erstreckung derselben auf Prästation des Unfalls besteht (l. 40. pr. cit. l. 20. §. 21. D. her. pet.). Dieselbe tritt nicht blos bei der hereditatis petitio, sondern bei allen dinglichen und persönlichen Klagen, in denen es sich um Restitution oder Exhibition einer Sache handelt [*l. 17.* §. *1.* — *l. 20; l. 15.* §. *3. l. 16. pr. D. r. v. 6, 1;* — *l. 16.* §. *4. D. pign. 20, 1; l. 19.* §. *1. D. h. t.;* — *l. 2. eod. l. 12.* §. *3. l. 14.* §. *1. D. dep. 16, 3;* — *l. 9.* §. *5* — *l. 11. pr.; l. 11.* §. *2. l. 12.* §. *4. D. ad exhib. 10, 4;* — vgl. überhaupt *l. 35. D. v. s.*], ja sogar bei den strengen Klagen ein, und zwar auch hier nicht etwa blos bezüglich der Nebensache (l. 3. §. 1. l. 34 — l. 36. l. 38. §. 7. D. h. t.; l. 31. pr. D. r. cr.; l. 91. §. ult. D. leg. I. l. 1. l. 2. l. 4. C. usur. et fruct. legat. 6, 47.), sondern auch bezüglich des Unfalls (l. 8. D. re jud. 42, 1.). (Vgl. überhaupt Keller, Litisc. §. 21.). Zwar läßt sich nicht läugnen, daß die Wirkungen der Litiscontestation und die der bloßen Anforderung einigermaßen auseinandergehen. Denn gegen die Prästation der omnis causa gibt es nach der Litiscontestation keine Entschuldigung mehr (wegen des periculum s. u. a. l. 40. pr. D. her. pet. cf. l. 15. §. 3. D. r. v. l. 47. §. 6. D. leg. I.); dann kamen Fälle vor, in denen überhaupt erst die Litiscontestation für omnis causa haftbar machte (l. 38. §. 7. D. h. t.). Allein alles was sich hieraus entnehmen läßt, beschränkt sich darauf, daß die L. C. wirksamer war, als bloße Anforderung; daß in ihr eine Anforderung und in diesen ihren Wirkungen eine Mora, wenigstens der Sache nach, liege, wird dadurch nicht ausgeschlossen. Ferner finden wir, daß der Schuldner durch Annahme der gerichtlichen (Heraus-) Forderung vorbeugen kann, also „moram facere" (des Schuldners) und „judicium accipere" im Gegensatz. Allein nicht jede Provokation an den Richter entschuldigt (l. 24. pr. D. h. t. l. 63. D. r. j.); die muth- oder böswillige würde die Schuld der Mora doch wohl selber in sich tragen (vgl. Mommsen, S. 189.). So ist denn in l. 15. §. 3. l. 17. §. 1. D. r. v. von einer Mora nach, und wahrscheinlich durch die L. C. die Rede; oder sollte bei

dinglichem Klagrecht schon die außergerichtliche petitio moram bewirken können?

§. 129.

Die **Novation**, als „prioris debiti in aliam obligationem . . . transfusio atque translatio“ (l. 1. pr. D. nov. et deleg. 46, 2.), setzt eben so nothwendig eine Obligation voraus, als sie eine solche nach sich zieht. Ginge eine Obligatio nicht wirklich (wenn auch nur naturaliter) voraus, oder bestände sie nicht zu Recht (ipso jure oder ope exceptionis), so wäre statt ihrer zwar eine wirkliche und giltige Obligatio, aber keine Novation möglich (l. 1. §. 1. l. 12. D. h. t. l. 25. D. v. o. 45, 1. vgl. Bähr, Anerkennung S. 45. S. 46.); käme die gewollte neue Obligation nicht wenigstens naturaliter zu Stand, so ließe sich noch fragen, ob die alte untergeht (vgl. Gaj. III. 179. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3, 30. l. 30. §. 1. D. pact. 2, 14.), aber eine Novation wäre nicht vorhanden (l. 1. §. 1. l. 24. D. h. t. vgl. jedoch Gaj. III. 176.); bei bedingtem Dasein der vorhergehenden wie der folgenden Obligation wäre die Novation selbst bedingt (l. 8. §. 1. §. 2; l. 14. pr. l. 24. D. h. t. l. 36. D. r. cr. 12, 1. l. 72. §. 1. D. sol. et lib. 46, 3. cf. l. 9. §. 1. D. h. t.). Von welcher Art sonst die vorhergehende Obligation sei, ist gleichgiltig (l. 1. §. 1. l. 2. eod.); kann doch selbst ein dinglicher Anspruch in eine Forderung übertragen werden [*l. 18. §, 1. D. acc. 46, 4. — quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est A. A. —*]. Die nachfolgende dagegen muß auch noch nach neuestem Recht überall verbalis obligatio sein; das Novationsgeschäft ist eine stipulatio [*l. 1. §. 1. D. h. t.: novari verbis potest — l. 2. eod. — transire in v. obligationem*]. Ohne den animus novandi ferner entstände nur eine zweite Schuld neben der ersten (l. 2. l. 8. §. 2. §. 5. l. 9. pr. l. 28. eod.); derselbe darf nirgends mehr vermuthet werden; namentlich soll auch der Mangel einer sonst üblichen Clausel („ut sine novatione causa procedat“) keine Vermuthung begründen; der animus novandi muß wortdeutlich ausgedrückt sein (l. 8. C. h. t. 8, 42. Justinian.). Aber wären die Worte „Delegation“, „Expromission“ nicht wortdeutlicher Ausdruck? (Gesterding, Arch. f. civ. Pr. II. S. 232.) und

36

wie wenn die neue Obligation mit der alten unvereinbar wäre? (s. jetzt vorzüglich Grotefend, G. A., ein Beitr. zur Gesch. d. Novation. Zeitschrift. für Civilr. u. Proz. N. F. XII. Nr. 10. S. 272—318.). Endlich muß in der nachfolgenden Obligation irgend etwas anders sein, in Vergleich zu der vorhergehenden (Gaj. III. 177. §. 3. J. cit. cf. l. 18. D. v. o.).

Die Novation bezweckt aber eine Neuerung bald blos der Personen (Delegation, Expromission (l. 17; l. 11. pr. l. 12. l. 8. §. 5. D. h. t. l. 91. D. sol. et lib. vgl. Gesterding, Beitrag z. d. L. v. d. Delegation, Arch. f. civ. Pr. II. S. 227 fg. Fein, Beitr. z. d. L. v. d. Nov. u. Deleg. 1850. Arndts, P. Anm. 5.), bald der obligatio selbst. Im letzteren Falle mag es sich um Aenderung im Gegenstand, oder in den Nebenbestimmungen (vgl. über solche l. 8. C. cit.) gehandelt haben (Gaj. III. 177.); mitunter aber gewiß blos um den Charakter der neuen Obligation (l. 2. D. h. t. z. B. l. 8. §. 1 eod. l. 65 pr. l. 71. pr. D. pro soc. l. 26. D. sol. et lib.; arg. l. 7. l. 8. §. 3. D. h. t.; Gaj. III. 129. vgl. Savigny, Literalcontract der Römer. Verm. Schriften S. 251.) — um die Einseitigkeit und leichtere Erweislichkeit, kurz um die größere Tüchtigkeit der durch die Stipulation bewirkten neuen Schuld im Gegensatze zu der aus Real- und Consensualcontracten erwachsenen alten Schuld (S. 374 oben, S. 376, S. 422 unten). Aber freilich erreichte der Gläubiger denselben Zweck, wenn die alte Forderung neben der neuen stehen blieb; eine Concurrenz zweier Actionen war für ihn wo möglich noch sicherer; so lang es auf ihn ankam, wird überall ohne Novation stipulirt worden sein (vgl. Bähr, a. a. O. §. 13.). — Bei der ebengedachten Stipulirung mit oder ohne Novation war die Nothwendigkeit der Stipulation weder Förmlichkeit, noch Laune, sondern im Zwecke des Geschäftes selbst gelegen; nur durch verba oder literae war die bessere actio zu erreichen. So ist es auch nichts Zufälliges, daß alle und jede, wenn nur existente, also namentlich auch jede formlos entstandene Schuld novirt werden kann, während diese doch nicht acceptilirt werden konnte. Denn daß aus der nichtstipulirten (ex incerto contractu entstandenen) Schuld eine stipulirte werde, ist ja der Zweck dieser Novation. Dagegen lassen sich nur Schulden, nicht Verpflichtungen überhaupt als den gewöhnlichen Gegenstand dieser Novation denken [*Novatio est*

prioris debiti in aliam obligationem . . transfusio —], wäre es doch unvorsichtig, wenn heutigen Tages z. B. ein Käufer noch vor Auslieferung der Waare einen Wechsel zu dem Betrage des Kaufschillinges auf sich zöge. — Aus all dem geht hervor, daß die Neuerung der obligatio selbst, (gleichwie die Stipulirung ohne Novation) wofern es sich nicht blos um Abänderung des Inhaltes handelt, für uns keinen Sinn und Zweck hat: es wäre denn, daß wir die Stelle der ausgefallenen Stipulation durch einen ähnlichen Formalvertrag ersetzen können. Ohne Zweifel können wir es durch den Wechsel [vgl. über seine der Stipulation verwandte Natur Bluntschli, die Gesetzg. des K. Bayern, seit Maxim. II. mit Erläuterungen, I. Theil. 1. Heft. S. 5. S. 6.]. Aber minder gefährlich, für die Mehrzahl handsamer ist der Schuldschein (§. 100.). Das constitutum debiti reicht nicht aus; bei den Römern war es kein Formalvertrag (argg. l. 1. §. 1. l. 5. §. 2. l. 11. pr. D. pec. const. 13, 5.), bei uns ist es keiner geworden (S. 431 unten). Das Bedürfniß aber nach einem Formalcontract Stipulation gerade zum Zwecke solcher Novation oder concurrirenden Schuldbegründung wird Niemand läugnen, der die Schicksale irgend einer Forderung ex locato conducto, emto vendito, mandato etc. im heutigen Prozesse kennt.

Noviren soll jeder können, dem recht gezahlt werden kann (l. 10. D. h. t.). Diese Regel ist aber offenbar zu weit (l. 10 cit. l. 21; l. 25. l. 16. cf. l. 34; l. 3. eod.; l. 49. D. sol. et lib.; l. 27. pr. D. pact. 2, 14.), und wahrscheinlich nur um deswillen so weit, damit auch die naturalis obligatio noch in ihr Platz habe. Die Novation blos der klagbaren Obligation im Auge muß man sagen: Noviren kann, wer klagen (z. B. l. 31. §. 1. D. h. t.; l. 27. pr. in fin. D. pact.?); wer für einen Anderen klagen kann oder muß, der kann oder muß für ihn auch noviren (l. 20. pr. l. 22. l. 8. §. 5; l. 20. §. 1. l. 34. §. 1. eod.); nur daß manchmal Einer selbst noviren wird, der selbst nicht klagen kann l. 3. eod). Der Gläubiger gibt hier seine bisherige Forderung, in dieser aber nichts anderes, als sein Klagrecht auf (Fragm. vat. §. 263. „— actiones novavit —"); das ist eine Macht einzig dessen, der es hat l. 8. §. 5 cit. „— non auferet mihi actionem, nisi qui ex voluntate mea stipulatur —" Was dagegen die Con-

trahirung der neuen Schuld anlangt, so liegt darin, wie schon einmal bemerkt, überhaupt keine besondere Macht, namentlich kein Klagrecht; vielmehr beruht sie auf dem freien Willen des alten oder neuen Schuldners („novatio voluntaria" l. 29. D. h. t.), so häufig auch das Klagrecht des Gläubigers auf diesen freien Willen des Schuldners wirken mag (S. 538.).

Nun aber gibt es noch eine Novation, die sowohl als Begründung der neuen, wie als Aufhebung der alten Obligatio eine Macht des Klagrechts ist — die s. g. novatio necessaria. Eine Macht des Klagrechtes ist seine Ausübung, und die damit verknüpfte Consumtion (§. 126.) — zerstörlicher Theil der Novation; eine Macht des Klagrechtes ist seine Ausübung, und der damit verknüpfte Fortschritt von actio zu actio (in jure — in judicio — judicati) — neuernder Theil der Novation. Bei der novatio voluntaria liegt nur die Aufgebung des alten Klagrechtes (auch eine Consumtion) in der Macht dieses Klagrechtes selbst, die Gründung des neuen in Uebereinkunft (conventio); bei der n. necessaria liegt auch der Uebergang zu der weiteren actio in der Macht des Klagrechtes, in einer contentio der Anlaß, also wohl kaum in einer conventio der Grund. — Jene Verdrängung der einen „obligatio" durch die andere (dare oportere — condemnari oportere — judicatum facere oportere — Gaj. III. 180. cf. IV. 107.) hat keinen anderen Grund als den der Ausübung des Klagrechts [vgl. die Identität des *„actionem exercentes"* mit *litis contestatio* und der s. g. *nov. nec. in l. 29. D. h. t.*], keinen tiefern als den des Klagrechts. Mit dem Augenblick da die Klage bei der Litiscontestation ankam, war die erste actio ausgeübt, damit consumirt; die Reihe kam jetzt an die zweite actio, und deren Ziel und Ende war die condemnatio; nun hub möglicherweise noch eine dritte an: die actio judicati. Und allen diesen Actionen entsprachen ihre Obligationen: vorerst in jure ließ sich nur ein dare oportere behaupten; vor dem Richter schon ein condemnari oportere; erst nach ihm ein judicatum facere oportere Gaj. III. 180. cf. IV. 107. Wir denken in der novatio necessaria nicht den Wechsel der Obligationen, sondern den der Actionen voraus; in der nov. necessaria selbst nicht das Product irgend eines Contractes oder Quasicontractes (s. dag. vornehmlich Savigny,

Syst. VI. §. 258. bes. S. 25. S. 27. S. 29. S. 30. S. 31 unten), sondern das Klagrecht, dessen Ausübung (oder Abwicklung — exactio) und den Satz, ne bis de eadem re sit actio (§. 45.). Durch letzteren war die Ausübung des Klagrechts zugleich dessen Consumtion in allen seinen Entwicklungsstufen (zerstörlicher Theil der Novation); anderseits ging das Klagrecht, wofern es nur im Streit nicht unterlag, aus jeder Consumtion (mit Litiscontestation und Urtheil) verjüngt hervor, als ein dringenderer Anspruch, als eine — wenn der Ausdruck erlaubt ist — geschürztere Actio, zu neuem Gange (neuernder Theil der Novation). Also nur die prozeßgemäße Entwicklung des jus agendi durch seine zwei Gänge (actiones) hindurch erblicken wir in der s. g. novatio necessaria. Mag diese in ihrer Wirkung der contractlichen Novation ähnlich sein, und also „sicut stipulatione . . . ita judicio contrahi“ (l. 3. §. 11. D. periculis 15, 1.): den Grund derselben brauchen wir nicht erst in einem Contracte zu suchen; da sie wider Willen des Beklagten vor sich geht, und „voluntariam novationem“ zum Gegensatze hat, auf keinen Fall in einer Uebereinkunft (l. 29. D. h. t.). Vielmehr finden wir darin, daß dort die voluntas, hier Streit und Macht des Klagrechts Grund der Verwandlung ist, den Einen und sicheren Unterschied der beiderlei Novationen. Ein anderer wäre nicht minder wesentlich, wenn er sicher stünde. Gewiß ist, daß bei der voluntaria n. die bisherige Forderung, das alte Klagrecht getilgt ist; denkbar dagegen ist, daß bei der necessaria novatio selbst in der actio judicati immer noch das alte Klagrecht dasteht, nur auf der letzten, beßten Stufe seiner Entwicklung; so daß wir es hier nicht mit einem Wechsel von Forderungen, sondern nur mit dem Wechsel einer und derselben Forderung zu thun hätten. Und fast scheinen die Quellen nichts anderes zu sagen, als dieses, wenn sie bemerken: „aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti“ — und nun fortfahren, daß dort Privilegien und Accessionen mituntergehen, hier fortbestehen (l. 29. l. 18. D. h. t.); denn wenn wir durch Ausübung des Klagrechts die Forderung nicht zerstören, sondern nur in ihre stärkste Form verwandeln: was wäre folgerichtiger, als die Fortdauer der Accessionen? was passender, als folgende Begründung: „neque enim deteriorem causam nostram facimus,

actionem exercentes, sed meliorem" (l. 29. cit.)? Indessen kommen auch Aeußerungen der Quellen vor, aus denen man auf das Gegentheil schließen möchte: wie die Vererblichkeit aller Klagen vom Augenblick der L. C. an; ferner] l. 3. §. 11. D. pecul. [— *judicati quoque patrem de peculio actione teneri — etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; — — proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem*]. — Die Verwandlung des dare oportere in ein condemnari oportere u. s. f. ist ohne in personam actio nicht denkbar; allein daraus folgt nicht, daß die Verwandlung in ein condemnari oportere ohne vorgängiges dare oportere unmöglich sei, vielmehr ist zu behaupten, daß ihr jedes Recht ausgesetzt sei, sobald wir es als Klagrecht, und dieses Klagrecht überall bereits als Anspruch zwischen zwei Personen (petitio) denken. Also selbst dingliche Klagrechte sind diesem Wandel ausgesetzt (vgl. Keller, a. a. O. §. 11.); sind sie ja auch der voluntaria novatio zugänglich (vgl. oben S. 553. Z. 16 v. u.).

Von dieser mit Klagrecht und Ausübung des Klagrechts identischen Novation und Novationsmacht ist ungleich mehr auch unter uns zu finden, als man überall annimmt [Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 105. Anm. 2. „die s. g. *nov. nec.* des älteren R. R. ist im pract. R. völlig verschwunden"; vgl. Wächter, würt. Privr. II. S. 523; — dagegen Seuffert, pract. Pandr. §. 295.]; denn was man sonst für sich, und obwohl mitten im Proceß dennoch als selbständig denkt: die Rechtskraft des Urtheils, — sie scheint uns nichts anderes als prozessualische Consumtion und novatio necessaria zu sein; die Rechtskraft des absolutorischen Urtheils nichts anderes als die erste Hälfte der nov. necessaria — (proz.) Consumtion; die Rechtskraft des condemnatorischen Urtheils nichts anderes als die zerstörliche und auferbauliche Hälfte der novatio nec. zugleich. Kann die Klage (und jeder Anspruch, der stillschweigend miterhoben wurde, S. 149 unten, und fg.), nachdem einmal absolvirt ist, nicht mehr angestellt werden, so folgt die Rechtskraft des absolutorischen Urtheils von selbst; ja sie ist nichts anderes als dies, daß weiterhin nicht mehr geklagt werden kann. Besteht ferner die Rechtskraft des condemnatorischen Urtheils darin,

daß 1) auf seine Execution gedrungen (judicati geklagt), 2) mit derselben Klage wenigstens nicht mehr ohne Hilfe einer Replik (vgl. §. 46. a. E.), aber namentlich auch mit keiner andern Klage mehr geklagt werden kann, über welche stillschweigend schon in dem früheren Prozeß verhandelt und gesprochen ist (S. 150. S. 154 unten, §. 46 a. E.), so haben wir sub. 1. die zweite, sub. 2. die erste Hälfte der novatio necessaria. — Ob und was außer der Rechtskraft des Urtheils noch in der s. g. novatio necessaria oder doch in ihrem zerstörlichen Theile liege oder damit zusammenhänge, läßt sich weniger bestimmt sagen: vielleicht der Satz, daß mit der L. C. auch die sonst unvererblichen Klagen vererblich werden sollen [*l. 58. l. 26. l. 33. D. o. et a. 44, 7.*]; vielleicht aber auch daß hierin ein Anklang an perpetuatio obligationis, mithin an Anforderung und Mora liegt. Entschiedener führen die Unterbrechung der Klagverjährung (S. 170. — von den Neueren „Perpetuation" der Klage genannt — Sav. Syst. VI. S. 248. 2.), — die Möglichkeit, daß Kläger noch siege, wiewohl sein Recht nach der L. C. untergegangen [*Gaj. IV. 114. l. 18. D. r. v. 6, 1. l. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8, 5;* vgl. überhaupt Römer, Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einl. des Prozesses 1852.], oder daß der Beklagte verurtheilt werde, trotzdem daß ihm noxae datio unmöglich geworden [*l. 1. §. 13. §. 16. D. si quadrup. 9, 1. l. 37. l. 38. D. nox. act. 9, 4.*], auf Anforderung und Mora zurück (vgl. Arndts, P. §. 113. Anm.[1] c. u. d.); die Litigiosität der Sache durch L. C. [SS. 170. 190 unten; später durch Insinuation der Klage: *Nov. 112. c. 1.; l. 3. C. ann. exc. 7, 40.*] auf eine bloße Nothwendigkeit, den Zeitpunkt des Streitanfanges festzustellen. Darum mag man denn auch alle diese Wirkungen der L. C. heutigen Tages schon mit Insinuation der Klage eintreten lassen (Sav. Syst. VI. §. 278.). Das einzige was sicher noch aus der Umwandlung der Actio durch die L. C. hervorging, war das s. g. dominium litis [*l. 11. §. 1. D. nov. Fit autem d e l e g a t i o vel per stipulationem, vel per litiscontestationem. l. 4. §. 5. in fin. D. appell. 49, 1: — procurator lite contestata dominus litis efficitur — Gaj. IV. §. 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem ex persona domini sumit, condemnationem autem*

in suam personam convertit. — überhaupt Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. §. 6. §. 7.]; allein heute haben wir es nicht mehr; durch die L. C. schon deswegen nicht mehr, weil vor dem Urtheil keine Klage mehr consumirt wird (S. 151.); durch das Urtheil deswegen nicht mehr, weil es uns an Formel und Formelumstellung fehlt. Wer heutigen Tages dominium litis haben will, muß dominium juris haben.

§. 130.

Cessionsrecht.

Die Cession der Forderungen [*„actiones cedere“* z. B. *l. 1. §. 1. D. superf. 43, 18; „actionibus cedere“* z. B. *l. 70. pr. D. leg. II.*] mahnt uns wie etwa das servitutem cedere (l. 9. D. serv. 8, 1. etc.) an in jure cessio. Allein während bei den Servituten in jure cessio wirklich vorkam (Gaj. II. 29, 30.), findet sich eine solche für bloße Forderungen nicht. Wie hätte an bloßen Forderungen auch eine Vindication (Gaj. II. 24.) vorgenommen werden können! Was überhaupt zu der Zeit, da die Cession von Forderungen häufiger werden mochte, an Rechtsgeschäften vorlag, schickte sich nicht für eine bloße Uebertragung von Forderungen (Windscheid, die Actio des r. Civilrechts vom Standp. des heutigen Rechts. 1856. S. 164. S. 165.); ebensowenig als Mancipation und Tradition irgend ein pactum. Denn während bei der Uebertragung von Forderungen etwas, die Forderung, gegeben werden soll, vermag ein pactum blos zu obligiren, rem oder personam. In diesem Sinne sagt Gajus II. 38. — quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, efficere possum. Auch im späteren Rechte ist es zu keiner förmlichen Uebertragung der Forderungen gekommen (vgl. Windscheid a. a. O.).

Diese Thatsache, daß es bei den Römern keine förmliche Uebertragung von Forderungen gab, ist in unseren Tagen zu dem Axiom erhoben worden, daß es eine solche Uebertragung nicht geben konnte, und überhaupt nicht geben kann [eine Zusammenstellung solcher Aussprüche s. bei Windscheid a. a. O. §. 16.]. Indessen haben wir 1) dagegen, daß Forderungen

an und für sich unübertragbar seien, bereits anderwärts, ungefähr zu derselben Zeit wie Delbrück (die Uebernahme fremder Schulden, 1853, S. 7.), auch unseren Widerspruch eingelegt (krit. Bl. Nr. 3. 1852. S. 34.). Was inzwischen zur Rettung jenes Axioms, und was vornehmlich durch Kuntze (die Obligation und die Singularsuccession, 1856.) dafür vorgebracht worden ist, hat in Windscheids erneuter und unparteilicher Prüfung seine Würdigung, aber auch seine Erledigung gefunden (§. 16. §. 17.). Wenden wir uns aber von dem in der Jurisprudenz unerquicklichen Thema der Möglichkeiten zu dem der Thatsachen zurück, so ist zwar 2) richtig, daß die Römer keine Form für Uebertragung von Forderungen hatten, allein nicht minder richtig, daß sie den Gedanken einer Uebertragung von Forderung hatten; deswegen, weil sie das Wort dafür hatten. Arndts (P. §. 254. Anm. 4.) hat auf folgenden Ausdruck in l. 23. C. mand. (4, 35.) Justinianus. aufmerksam gemacht: „ut partem .. debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem" und: „debitum totum donare" und „per donationem actiones transferre"; wir fügen folgende Pandectenstelle bei: l. 35. §. 4. D. c. e. 18, 1. — si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. Wir brauchen nicht einmal so weit zu gehen: „cedere" selbst enthält diesen Gedanken. Die Römer hatten aber 3) die Uebertragung von Forderungen nicht blos im Gedanken, sondern auch dem Erfolge nach. Wir denken hiebei nicht an Delegation, ja nicht einmal an das mandatum in rem suam, weil es auch hier vielmehr zur Begründung einer neuen Forderung (durch Litiscontestation: l. 11. §. 1. D. nov. 46, 2.), als zur Uebertragung der alten kam; aber wenn das Mandat zurückging, oder von Anfang die Forderung blos verkauft, verpfändet, vermacht, in dotem, in solutum gegeben oder geschenkt wurde, dann kam die Sache unter einer Voraussetzung, deren gleich nachher zu gedenken ist, in die Lage, als ob Cessionar ohne Novation an die Stelle des Gläubigers gerückt wäre. Er bekam die Forderung (actio) des Gläubigers, zwar nicht direct: denn sie war nicht förmlich auf ihn übertragen; sondern utiliter (l. 55. D. proc. 3, 3. l. 1. C. obl. et act. 4, 10. l. 33. C. don. 8, 54; — l. 16. pr. D. pact. 2, 14. l. 9. C. her. v. act. vend. 4, 39. l. 8. eod.; l. 20. D. pign. 20, 1. l. 4. C.

quae res pign. 8, 17; l. 18. C. leg. 6, 37; l. 2. C. obl. et act. 4, 10; l. 3. C. nov. 8, 42; l. 33. C. don. 8, 54.), ad exemplum creditoris (l. 8. C. her. v. act. vend. 4, 39.) — als ob er Gläubiger wäre; aber eben darum nicht blos mandatario, sondern suo nomine, [*l. 55. D. proc. 3, 3. l. ult. C. quando fisc. 4, 15. l. 18. C. leg. 6, 37.; hieher vielleicht sogar der Ausdruck „obligatione tua" in l. 4. C. quae res pign. 8, 17.*] unwiderruflich, als seine Forderung. So scheint es uns richtig, wenn Windscheid (a. a. O. S. 127—135.) gegen die herrschende Ansicht (Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. §. 15. §. 16. Vang. III. §. 574. Anm. 1. Nr. 2. S. 114. 6. Aufl. „daß wir hoffentlich ꝛc." u.) die Fiction dieser utilis actio nicht in einer Fiction des Mandates, sondern in einer der Gläubigerschaft erblickt; wenn es mit der Fiction des Mandates auch vereinbar wäre, daß er die Klage suo nomine hätte. Es zeigt sich in allen Stücken, daß die Forderung des Gläubigers dem Cessionar gehört; dieser ist es, an den gezahlt werden muß; Zahlung an den Cedenten befreit nicht; der Klage des Cedenten steht eine exceptio entgegen (l. 18. pr. D. pign. act. 13, 7. l. 16. pr. D. pact. 2, 14.); das Recht des Cessionars vererbt auch vor der Litiscontestation (l. 33. C. donat. 8, 54.). Nur in Einem Stücke erscheint noch der Cedent als Gläubiger: dem Namen nämlich und der Form nach. Weil die Forderung nicht förmlich übertragen wird, bleibt gewissermaßen die Form der Forderung beim Cedenten: in ähnlicher Weise, wie beim dominus ex jure Quiritium das nudum jus Quiritium zurückblieb, wenn er unförmlich veräußerte. So blieb dem Cedenten auch der Name des Gläubigers; weil es dem Cessionar an Namen und Form fehlte, darum mußte er, — weil es ihm nur an Namen und Form fehlte, darum konnte er als Gläubiger fingirt werden. — Diesen Gegensatz von Form und Sache nennt Windscheid (a. a. O. S. 143 unten, 147 unten) einen Gegensatz von Recht und Gericht — wir können dahin gestellt sein lassen, ob mit Recht. — Dagegen ist nunmehr die schon erwähnte Voraussetzung dieses Erfolges der Cession nachzutragen. Nach l. 3. C. nov. (8, 42.) nämlich soll erst Litiscontestation, oder theilweise Einkassirung, oder Denunciation (Certioration: l. 4 C. quae res pign. 8, 17. vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 84. Anm. 182.) das Recht des Ce-

denten ausschließen. Darin erblickt jetzt Windscheid (S. 143. S. 187. III.) eine Besitzergreifung der Actio durch den Cessionar, entnimmt daraus den Satz, daß erst durch sie die Cession vollendet werde, und unterstützt ihn durch das Beispiel des Servitutenerwerbes. Darf es als sicher angenommen werden, daß die Benachrichtigung des Schuldners durch den Cessionar geschehen müsse, dann verdient jener Gedanke Beifall. Im entgegengesetzten Falle — der uns wegen l. 17. D. transact. 2, 15. noch immer nicht unmöglich scheint — wäre das Verhältniß vor der Certioration des Schuldners dem bei dem Mandate ähnlich, wenn das Mandat erloschen ist, mandati obligatio aber fortdauert (oben S. 467.); nur daß hier umgekehrt die Verpflichtung (an den Cedenten zu zahlen) erloschen, dagegen die Vollmacht hiezu noch aufrecht wäre. — Endlich ist noch auszuführen, daß der Cessionar die Forderung ohne Novation bekam, dem Erfolg nach also dieselbe Forderung bekam, die Cessionar hatte, mithin dem Erfolge nach eine Singularsuccession in die Forderung da war. Zwar daran, daß es dieselbe Forderung war, die der Cessionar bekam, ist — auch abgesehen davon, daß er nur utilem actionem hatte — nicht buchstäblich festzuhalten. Es ist richtig, daß der Singularsuccessor nirgends dasselbe Recht hat, das der Auctor hatte (Kuntze, a. a. O. §. 16. §. 17.), und ein bloßes Bild, wenn dieser dasselbe, das er hatte, auf seinen Nachfolger „übergehen" läßt oder „überträgt" (vgl. oben S. 200. Z. 3.); allein nichtsdestoweniger ist die Singularsuccession oder der derivative Erwerb von dem originären Erwerb so verschieden, als er von jeher war, und namentlich bei Forderungen möglich und von Belang (dagegen Kunze, a. a. O.). Auf Forderungen angewandt, besteht die Singularsuccession darin, daß die Forderung des Cessionars durch keine neue causa obligationis, sondern einzig kraft des bisherigen Forderungsrechtes begründet wurde. Dies war, und ist, nicht gleichgiltig für das Recht der cedirten Forderung. Denn während der delegirte Schuldner um deswillen, weil er gegen den Deleganten Exceptionen hatte, nicht auch gegen den Delegator excipiren kann (l. 12. D. nov. 46, 2. vgl. S. 414. 1. Abs. a. E.), mußten und müssen dem debitor cessus gegen den Cessionar alle Exceptionen zustehen, welche

gegen das Forderungsrecht (nicht blos gegen die Person) des Cedenten zustunden; dort hat der Kläger seine Forderung aus einem neuen Verpflichtungsacte, hier aus einem alten mehr oder weniger mangelhaften Forderungsrechte, und ist darnach selbst mehr oder weniger mangelhaft (vgl. Windscheid §. 19. I. IV. Vangerow III. §. 575. Anm. 1. mit Abweichung in Nr. 3.)

Alles zusammengefaßt, hatten die Römer der Form nach keine Singularsuccession in Forderungen; dem Gedanken und dem Erfolge nach hatten sie dieselbe. Man kann auch sagen, dem Scheine nach war die Cession keine Uebertragung von Forderungen; in Wahrheit war sie eine. Was immer der Grund gewesen sein mag, weshalb bei den Römern die Cession nicht auch zur förmlichen Uebertragung wurde: ob der Umstand, daß ihnen mehr die Schuld, als die Forderung vorschwebte, — oder was wir eher glauben, die Liebe zum Alten, die Ausnützung des Vorhandenen, des Mandates, der Fictionen, — — für uns kann all das kein Grund sein, jenen Zwiespalt zwischen Form und Sache, Schein und Wahrheit, nicht etwa fortzunähren, sondern in Schwung zu bringen. Denn bis auf die letzten Jahrzehnte dachte Niemand anders, als daß der Cessionar selbst Gläubiger sei. Da lernte man die Formel kennen, in welcher der procurator in rem suam klagte, und verlor darüber den Sinn für alles was darum und daran hing; was dort Name, Form, Schein ist, gab man für Wesen und innere Nothwendigkeit aus, und was dort Wirklichkeit und Wahrheit, für Unmöglichkeit. „Juristische Construction“, „classischer Formensinn“, und derlei mehr sind die beliebten Ausdrücke für solches Verfahren geworden. Inzwischen ist aber dadurch, daß gewisse Forderungen (Staatsobligationen, Hypothekenforderungen) in geldartigen Verkehr gekommen sind, und namentlich die Staatsobligationen durch Hunderte von Händen wechseln, die Cession in einer Art und Weise gestaltet und ausgedehnt, daß sich die Gläubigerschaft des ersten Erwerbers nicht einmal mehr dem Scheine, geschweige denn dem Wesen und der Wahrheit nach neben der des gegenwärtigen Besitzers aufrecht halten läßt.

Uebertragung der Forderung als eines Klagrechts wird denkbar sein. Denken wir die Verpflichtung zunächst mit dem Klagrecht, und nur durch dieses mit dem Gläubiger verknüpft — auch die Uebertragung der Verpflichtung.

§. 131. Fortsetzung.

Im Sinne des heutigen Rechtes ist die Cession datio (cf. „servitutem dare“ l. 136. §. 1. l. 56. §. 6. D. v. o. 45. 1.) und besteht, wie jede datio (vgl. §. 55. SS. 199—201.) 1) auf der Voraussetzung daß der Geber hat und in dem Umfange, in dem er hat, was er gibt; 2) in einem Verzichte des Gebers 3) zu Gunsten des Empfängers, der 4) irgend wie annehmen muß. Wird die Forderung verkauft, vertauscht, so liegt im Abschluß des Contractes auch schon Verzicht und Annahme; wird sie verschenkt oder an Zahlungsstatt gegeben, so läge in der Einhändigung der Schuldurkunde, in der Denunciation des Cessionars, aber auch in anderen Worten oder Werken, welche die Annahme aussprechen, z. B. in der Danksagung der Abschluß des Cessionsgeschäftes (vgl. Mühlenbr. §. 42.). Nach Windscheid wäre die Cession überall erst mit einer Art Besitzergreifung (Denunciation, Litisc., theilweise Einkassirung) da.

Auch hier läßt sich das Geschäft (cessio) und der Geschäftsgrund (causa cessionis) unterscheiden (vgl. §. 55.); auch hier diese causa entweder blos als das Motiv zum Geschäfte, und also von diesem getrennt, — oder aber als den zum Geschäfte selbst gehörigen Willen (vgl. S. 202. 1. Abs. a. E.), mithin als Grundlage des Geschäftes denken. Denken wir die causa cessionis als Motiv, so fällt sie nicht selten (z. B. beim Verkauf einer Forderung) mit der Cession selbst zusammen. Allein es ist möglich, daß sie der Cession vorausgeht, und von ihr getrennt ist, so getrennt als es Kauf und Tradition sein kann. Wenn dieses der Fall ist, so muß die causa cessionis — soll ihr anders eine selbständige, rechtliche Bedeutung zukommen — in einer Verpflichtung zur Cession bestehen. Und in der That finden wir Verpflichtungen zur Cession (oder Delegation) 1) als gewöhnliche Obligationen: aus Mandat, Tutel, überhaupt Geschäftsführung (l. 8. §. ult. l. 10. §. 6. D. mand. 17, 1. vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 37. I.); aus Vermächtnissen: §. 21. J. leg. 2, 20. l. 44. §. 6. D. leg. I.; nicht blos beim legatum nominis: l. 39. §. 3. D. leg. I. l. 15. pr. D. ad leg. Aq. 9, 2. cf. l. 31. pr. D. a. e. e. v. 19, 1. etc. Mühlenbruch, S. 405. Anm. 356; daß nicht aus Versprechungen, ist zufällig; —

2) oder, bei persönlichen wie dinglichen Klagen, im officium judicis begründet, insofern dasselbe a) für Restitution nicht nur der res ipsa, sondern auch ihrer causa, darunter denn auch für Prästation von actiones, oder aber b) für Berücksichtigung von Gegenansprüchen ex eadem causa zu sorgen hat, worunter billigerweise auch Ansprüche auf Cession von Klagen sind [*ad a.* vgl. S. 485. Z. 10 v. u.; dann *l. 38 .D. evict. 21, 2; l. 40. §. 2. D. her. pet. 5, 3; l. 21. D. r. v. 6, 1; l. 16. D. dep. 16, 3;* — *ad b. l. 63. D. r. v. cf. l. 69. eod.* und Mühlenbruch, S. 411 fg. — *l. 19. D. qui pot. 20, 4. l. 57. D. leg. I. l. 25 §. 8. D. loc. 19, 2. l. 12. D. re jud. 42, 1. l. 27. §. 5. D. mand. 17, 1. l. 53. §. 3. D. furt. 47, 2. l. 6. §. 4. D. naut. caup. 4, 9. l. 14. §. ult. D. serv. corr. 11, 3.*]. Von den so eben erwähnten Fällen ad 2. b. sind die durch das beneficium cedendarum actionum und etwa noch die in l. 25. D. adm. tut. 26, 7. l. 20. §. 1. D. tut. et rat. distr. 27, 3. (vgl. Mühlenbruch S. 412. V. 1. 2. 3.) nur äußerlich und in der Rechtsquelle verschieden. Weitere Verpflichtungsgründe werden sich schwerlich auffinden lassen; aber wenn auch, so möchten sie über die gemeinen Gründe privatrechtlicher Verpflichtungen nicht hinaus können: so daß man sich billig wundert, wenn es bei Mühlenbruch wörtlich (anderwärts thatsächlich) vorkommt, daß „alle einzelnen hieher gehörigen Fälle unter einen Hauptgesichtspunkt zu bringen, eine ganz vergebliche Bemühung sei“ — (§. 37. a. A.). Nicht weniger befremdlich ist aber die Gewohnheit, diese Fälle als „cessio necessaria“ einer „voluntaria cessio“ gegenüberzustellen, besonders wenn man erstere definirt als diejenigen Fälle, „in denen . . vermöge gesetzlicher Vorschrift eine Zwangsverbindlichkeit zur Vornahme einer Cession begründet ist“ (Vang. §. 574. Anm. 3.). Denn einerseits beruht diese Zwangspflicht nicht mehr als jede andere auf gesetzlicher Vorschrift; anderseits ist die Cession in Folge dieser Zwangspflicht nicht nothwendiger, als etwa eine Tradition zufolge Verkaufs. Allein es kommt vor, daß der Cessionsberechtigte die Klage wenigstens utiliter auch ohne Cession (s=Geschäft) erhält und fragt sich, ob nicht hierin wenigstens eine „nothwendige“, oder wie man sich auch ausdrückt, eine „gesetzliche“ Cession (cessio legis vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 43. cf. §. 37. u. a. Puchta, P. §. 281.

Windscheid, a. a. O. §. 20.) vorliegt. Hiebei muß vor allem in's Gedächtniß zurückgerufen werden der nicht überall (z. B. Sav. Obligr. I. S. 247 fg.) gemachte Unterschied, der zwischen jener utilis actio lag, welche gegeben wurde nach einem vorausgegangenen Mandat zur Klage, oder nachdem die Forderung (nomen, debitum, actio) gekauft, oder zu Pfand, in dotem, in solutum „gegeben" worden war, — und zwischen dieser utilis actio, welche verliehen wurde, ohne daß etwas derartiges vorausgegangen war. Denn dort war die Forderung, wenigstens der Intention und der Sache nach, bereits abgetreten, cedirt, gegeben; dort mußte zwar wegen mangelnder Rechtsform erst fingirt werden, daß Cessionar Gläubiger sei; aber in der That war er Gläubiger, woferne dem Schuldner nur denunzirt worden, und heutzutage ist er es, ohne Fiction, mit actio directa; — hier dagegen bekam er die Klage, obwohl nur eine Verpflichtung zur Cession, die Cession selbst aber weder förmlich noch factisch vorlag; hier mußte folgerecht die Unterstellung (Fiction) weitergreifen, als dort; daß Kläger Gläubiger sei, konnte nicht unterstellt werden ohne die Unterstellung, daß cedirt worden sei (s. dag. Windscheid, a. a. O. §. 20.); hier ist selbst heutzutage keine directa actio möglich, woferne nicht die veränderten Grundsätze über Stellvertretung einen unmittelbaren Erwerb der Forderung für den Dritten mit sich bringen, die Cession also überflüssig machen. Weiterhin ist nun aber mit Mühlenbruch (a. a. O. §. 14. 1. §. 44.), und Windscheid (a. a. O.) vornehmlich gegen Puchta (P. §. 281.), Arndts (P. §. 255.), Seuffert (Pract. P. R. §. 298. Anm. 8.) zu behaupten, daß bei Verpflichtung zur Cession die zu cedirende actio nicht überall und ohneweiteres mit Umgehung der wirklichen Cession dem Cessionsberechtigten utiliter zusteht. Es gibt Fälle, in denen ihm utilis actio überhaupt nicht zugestanden wurde (l. 11. C. d. fidej. 8, 41. vgl. l. 2. C. duob. reis 8, 40. Mühlenbruch, a. a. O. S. 468.); andere, in denen es nur causa cognita geschah (l. 5. D. stip. praet. 46, 5. l. 18. §. ult. D. damn. 39, 2.), mithin nur unter Umständen; dies scheint für alle Fälle zu gelten, in welchen Stellvertreter ihren Prinzipalen zur Abtretung verpflichtet waren [Regel: *l. 49. D. a. v. a. p. 41, 2. „—actio domino ... invito procuratore non datur—"*

cf. l. 68. D. procur. 3, 3., wo es wahrscheinlich *petere non potest* heißen muß: vgl. die *Interpret.* zu *Basil. de procur. 8, 2. Nr. 65.* Mühlenbruch, a. a. O. S. 137 fg.; Ausnahmen oder Umstände: *l. 5. D. stip. praet. cit.: „— ut . . . dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis ejus venditis —"; l. 2. D. instit. 14, 3: „— si modo aliter rem suam servare non potest"; l. 79. D. v. o.: Si procuratori praesentis fuerit cautum —;* in dem Verhältniß von Mündeln zu Vormündern wurden freilich weniger Umstände gemacht: *l. 2. D. quando ex facto tutoris vel curat. minores agere poss. 26, 9: Si tutor . . . pecunia ejus . . mutua data ipse stipulatus fuerit — l. 9. pr. D. adm. tut. 26, 7.* In anderen Verhältnissen scheint vorausgesetzt, daß die Gelegenheit, den Pflichtigen (durch Retention) zur Cession zu zwingen, versäumt war: *l. 63. D. r. v. l. 57. D. leg. I.*]. Wo man sich hier zur Gewährung der utilis actio bewogen fand, war es möglich an eine „nothwendige" Cession zu denken, insofern der Cessionsberechtigte die Klage ohne, möglicherweise wider den Willen des Cessionsverpflichteten bekam, aber nicht in dem heutigen Sinne, wornach die Klage von selbst, ipso jure, also „gesetzlich", „wie es beim Eigenthum gesetzliche Uebertragungsarten gibt" (Windscheid, a. a. O.), übergehen soll. Vielmehr liegt das Gegentheil von solchem ipso jure stattfindenden Uebergang vor: „succurrere enim domino Praetor debet" (l. 5. D. praet. stip. l. 63. D. r. v.). Es kommen nun zwar auch Fälle vor, in denen das bloße Dasein einer Cessionspflicht zur utilis actio genügt haben mag [*l. 18. C. legat. 6, 37;* doch beherzige *„non mandatis actt."*; desgleichen in *l. 1. §. 13. D. tut. et rat. distr. 27, 3; l. 5 pr. D. cens. 50, 15.*]; indeßen dürfte auch in ihnen vielmehr der Gedanke an außerordentliche Rechtshülfe, als an gesetzlichen Uebergang vorwalten.

Man führt Fälle an, in denen keine Cession, und auch keine Verpflichtung zur Cession vorausgegangen, und nichtsdestoweniger die Klage des Einen dem Anderen utiliter gegeben sei (Mühlenbruch §. 43. S. 406. Anm. 519. vgl. Windscheid, a. a. O. S. 201. Nr. 2. a.). Allein es ist nicht erwiesen, daß überall hier a) eines Anderen Klage gegeben — eine Cession fingirt ist; so nicht für den Fall in l. 7. C. pact. conv. tam super

dote (5, 14.), und ebensowenig für den in l. 3. C. don. quae sub modo 8, 55.; nicht jede utilis actio birgt eine wirkliche oder fingirte Cession; in obigen zwei Fällen scheint unterstellt, daß Kläger selbst pactirt, stipulirt habe: vgl. l. 3. cit. si is . . stipulatus non sit. Was aber b) das jus offerendi anlangt, so schien uns schon früher die persönliche Klage auf den Offerenten überhaupt nicht überzugehen (S. 292. S. 349 unten). 3) Das jus fisci gegen die Schuldner des Schuldners (l. 3. §. 8. D. jure fisci 49, 14. l. 1. l. 2. C. conv. fisc. deb, 10, 2. l. 3. l. 4. C. quando fisc. 4, 15.) ist unter allen Umständen jus singulare, aber auch so eher als eine „Erstreckung" seiner eigenen Klage, denn als Verleihung einer fremden zu denken [*l. 4. C. cit. „actionem fiscalem extendi oportere"*]. — —

Gegenstand der Cession ist — und zwar von jeher — die Forderung, nicht etwa blos ihre Ausübung (vgl. Delbrück, a. a. O. S. 8 fg.). Mit der Forderung selbst werden stillschweigend ihre Accessionen cedirt [*l. 34. pr. D. leg. III.; l. 14. pr. D. her. v. act. vend. 18, 4.; l. 23. eod.* u. S. 350. oben; *l. 24. pr. D. min. 4, 4.*]; so daß denn auch die Verpflichtung zur Cession stillschweigend die Cession der „universa ejus nominis obligatio" begreift (l. 34 pr. cit. u. d. a. ll. citt.). — An Forderungen, die nicht zum Vermögen zählen (§. 93. S. 388. a. E.), läßt sich die Cession, ein Erwerbsgeschäft, nicht vornehmen (Mühlenbruch, a. a. O. §. 26. l. 1. u. 2.; l. 9. §. 1. D. operis libert. 38, 1.); andere können wegen ihres Inhaltes unveräußerlich sein (z. B. die Verpflichtung zu einem servitutem dare, usumfructum dare; vgl. auch S. 506 unten); wieder andere, weil sie litigios sind (l. 3. l. 4. C. litig. 8, 37.; doch s. S. 191 oben).

Außerdem ist aber die Cession als solche beschränkt worden: 1) durch l. 1. l. 2. C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre 2, 14, was unter uns zu einem privilegium odiosum gegen die Juden geworden ist: R. A. v. 1551. §. 79. R. P. O. v. 1577. 20. §. 4. Seuff. §. 299. Anm. 4.; — 2) durch Nov. 72. c. 5.; — ganz besonders aber 3) durch die lex Anastasiana: l. 22. C. mandati (4, 35.), dazu l. 23. l. 24. eod. u. Glück, Comm. XVI. §. 1024. S. 458. Mühlenbruch, a. a. O. §. 53. Puchta, in

Weiske's Rechtsl. Bd. II. S. 647. Nr. 5. Vang. §. 576. Arndts P. §. 259.

b) In der Person des Schuldners.

§. 132.

Die Rechtspflicht.

In der Person des Schuldners ist die Forderung Pflicht (Verpflichtung), bildlich ein Band, durch das er dem Gläubiger verbunden ist (Verbindlichkeit, obligatio, juris vinculum — pr. J. oblig. III. 13.). Wenn dieser Pflicht in der classischen Sprache gleich nicht durchweg der Namen „oportere" beikam, ist sie doch durchweg eine Pflicht des Rechtes (vinculum juris), nicht etwa blos der Moral (Liebespflicht). Ist sie durchweg eine Pflicht des Rechtes, so muß durchweg auch ihre Erfüllung ein Ding Rechtens sein; bildlich ausgedrückt: dem vinculum juris muß eine solutio entsprechen; nennen wir sie Schuld, so muß sie im Sinne des Rechtes gezahlt werden können. Wenn Jemand blos durch Freundschaft ꝛc. verpflichtet wäre, und in dem Irrthum, daß er rechtlich verpflichtet sei, zahlte, so läge, weil kein vinculum juris, auch keine solutio vor, und also indebiti condictio (§. 98. 1.); ist dagegen die Pflicht eine Rechtspflicht, so ist die Erfüllung solutio, und indebiti condictio nicht mehr möglich. Zahlbarkeit ist demnach ein nothwendiges Merkmal aller Obligationen. Aus der Zahlbarkeit entspringt aber nicht blos soluti retentio; alle s. g. Wirkungen der naturalis obligatio (Savigny, Obligr. I. §. 8.) liegen in ihr begriffen: Compensirbarkeit und Novirbarkeit deswegen, weil Compensation und Novation selbst eine Art Zahlung enthalten (l. 4. D. qui pot. in pign. 20, 4. l. 4. C. comp. 4, 31. cf. l. 23. §. 1. D. her. vend. 18, 4. l. 76. D. v. s. 50, 16. l. 20. §. 2. D. statul. 40, 7.; l. 10. l. 31. §. 1. D. nov. 46, 2.); Verbürgbarkeit durch Pfänder und Bürgen deswegen, weil wo noch gezahlt werden kann, um so mehr noch Sicherheit muß bestellt werden können (vgl. meine krit. Bl. Nr. 3. S. 48. Nr. 7. und wenigstens Einen Anhänger: Schultze R. S. de nat. oblig. pupillorum: Gryph. 1854.). Weniger nothwendig, aber für den Werth der obligatio ohne Vergleich wichtiger, als diese bloße Möglichkeit bezahlt zu

werden, ist die **Klagbarkeit**, das Recht, zur Zahlung zu zwingen.

§. 133.

Insbesondere die naturalis obligatio.

Es gibt Obligationen, welche blos zahlbar, nicht auch klagbar sind (vgl. meine krit. Bl. Nr. 3. S. 48. 7.). Sie heißen naturales obligationes; nicht als ob sie lediglich durch die Natur da seien, und das Recht keinen Theil an ihnen hätte; können doch selbst klagbare Obligationen naturales heißen (l. 1. D. loc. cond. 19, 2. l. 84. §. 1. D. r. j. 50, 17. l. 126. §. 2. D. v. o.); sondern weil das Recht, durch welches sie da sind, jener stärkeren Geltung, in Jus und Judicium, entbehrt, deren die klagbare Obligatio (civilis obligatio) theilhaftig ist. — Diese naturales obligationes entspringen denn auch nicht ohne gewisse rechtliche Voraussetzungen; vielmehr: es sind gewisse rechtliche Voraussetzungen, unter denen sie **entstehen**, oder **übrig bleiben** [*l. 1. §. 2. D. v. o. 45, 1: — naturaliter obligatur —; l. 8. §. 1. D. rem rat. hab. 46, 8: — naturale debitum manet — l. 60. pr. D. cond. ind. 12, 6: — natura tamen debitor permanet* — vgl. *Pfordten. de obligationis civilis in naturalem transitu. diss. p. 16.*; meine krit. Bl. Nr. 3. S. 41. 3.]. Man darf, wenn es sich um das Dasein einer naturalis obligatio handelt, nicht bei der Frage stehen bleiben, woran es fehle, daß anstatt der civilis obligatio blos eine naturalis obligatio zu Stande komme, oder fortbestehe (negative Voraussetzung), sondern muß sich auch darüber Rechenschaft geben, was da sein müsse, damit doch wenigstens eine naturalis obligatio aufkomme oder übrig bleibe (positive Voraussetzung); gerade diese positive Voraussetzung der naturalis obligatio aber ist, wie wir sofort sehen werden, nicht etwa richterlichem Ermessen, oder bloßem Gefühle — selbst wenn man dieses „jus gentium“ nennen sollte — anheimgegeben. Denn

a) diejenigen naturales obligationes, welche als solche entstehen [**nämlich die aus Contracten zwischen Vater und Hauskind:** *l. 38. §. 1. §. 2. D. cond. ind. 12, 6. l. 9. §. 2. §. 3. D. pecul. 15,* 1. *cf. l. 4. l. 11. D. jud. 5, 1.*, oder

aus Delicten des letzteren gegen den Vater: *arg. l. 9. §. 6. D. pecul.*; — bei den Römern auch die aus Contracten und Delicten des Sclaven gegenüber dem Herren: *l. 64. D. cond. ind. l. 40. §. 3. D. condit. 35, 1. l. 9. §. 6. l. 49.* §. 2. *D. pecul.*; uud die der Sclaven aus Contracten mit Fremden: *l. 14. D. o. et a. 44, 7. l. 50. §. 2. D. pecul. l. 13 pr. D. cond. ind. l. 19. §. 4. D. donat. 39, 5*; — die des Pupillen aus Contracten, in welchen *res* oder *negotium creditoris (l. 21. pr. ad leg. Falc. 35,* 2. *l. 64. pr. ad SC. Trebell. 36*, 1. *l. 25. §.* 1. *D. quando dies leg. 36*, 2. *l. 42. pr. D. jurej.* 12, 2. *l. 19.* §. *4. D. don. 39, 5.*; *l. 3.* §. *4. D. neg. gest. 3, 5.)* oder Bürgschaft *l. 127. D. v. o. Gaj. III.* 119. ohne *tutoris auctoritas* mitunterläuft; *cf. l. 1. §. 1. D. novat. 46, 2*; *l. 41. D. cond. ind.*; *l. 59. D. o. et a.* spricht von einem *jus naturale* im anderen Sinn. Bezüglich der Controversen über die *nat. o.* des Pupillen vgl. Vang. I. §. 279. Savigny, Oblig. I. S. 61—77; dazu meine krit. Bl. Nr. 3. S. 15. 16. *R. S. Schultze, de nat. pup. oblig.* nnd dazu meine Recension in den Schletter'schen Jahrbüchern I. S. 19.; — die des Haussohnes aus Gelddarlehen: *l. 9. §. 4. §. 5. l. 10. l.* 18. *D. ad SC. Mac. 14, 6. l. 26.* §. *9. l. 40. D. cond. ind. l. 14. D. r. cr.*; wegen des Widerspruches der *l. 14 cit.* mit *l. 9.* §. 1. *D. ad SC. Mac.* 14, 6. vgl. S. 394. Z. 9. S. 419 unten;] — zeigen uns als Entstehungsgrund überall die sonstigen causae obligationes: Contracte, Quasicontracte, Delicte, mithin etwas Rechtliches als ihre (positive) Voraussetzung; was in l. 49. §. 2. D. pecul. mit Bezug auf den Sclaven geschrieben steht, gilt allgemein: daß nämlich die Entstehung einer naturalis obligatio „ex causa civili computandum est —"; ein beliebiger Eintrag, daß man dem X schuldig sei, kann keine civilis obligatio, und denn auch keine naturalis obligatio erzeugen; überhaupt setzt, was Art und Form der Obligationenbegründung anlangt, die naturalis obligatio nicht weniger voraus, als civilis obligatio (vgl. meine krit. Bl. Nr. 3. S. 42. 4. und Holtius, Abhh. civ. und handelsr. Inhalts, aus dem Holl. übersetzt von G. Sutrio Nr. 1. S. 22. und wieder meine krit. Bl. a. a. O. in der Nachschrift); und namentlich läßt sich nicht beweisen, daß aus einem nudum pac-

tum überall wenigstens naturales obligationes entstehen konnten [so verbreitet auch diese Annahme ist, vorzüglich wegen *l. 1. pr. D. pact. 2, 14. l. 84. §. 1. D. r. j. 50, 17. l. 95. §. 4. D. solut. 46, 3. l. 5. §. 2. eod. cf. l. 3. C. usur. 4, 32.* s. vorzüglich Savigny, Obligr. I. S. 53—58. und zu ihm Scheurl, heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 516. Dagegen meine krit. Blätter a. a. O. S. 16—25. Holtius a. a. O. S. 7—16, und besonders *l. 1. §. 2. D. v. o. 45, 1.* vgl. mit *l. 19. pr. D. accept. 46, 4.*]. Zwar kommen zwei Fälle vor, in denen eine naturalis obligatio, wenigstens mit der Wirkung der soluti retentio, ohne Contract oder Delict entsteht: die Verpflichtung des Freigelassenen zu den operae officiales (l. 26. §. 12. D. cond. ind.), und die Dotationspflicht der Frau (l. 32. §. 2. eod.) und ihres Vaters (l. 46. §. 2. D. j. d. 23, 3.). Indessen sind das Rechte und Pflichten aus der Familie, welche sich mit dem Maßstab der rein privatrechtlichen Obligationen nicht mehr messen lassen. — Was aber

b) diejenigen naturales obligationes anlangt, welche aus einer civilis obligatio übrig bleiben [trotz Confusion bei gezwungenem Erbschaftsantritt: *l. 59. pr. ad SC. Treb. 36, 1;* — trotz *capitis deminutio* des Schuldners: *l. 2. §. 2. D. cap. min. 4, 5;* — trotz Klag- und Prozeßverjährung: S. 164 unten, S. 165; *l. 8. §. 1. D. rat. rem hab. 46, 8;* trotz (irriger) Freisprechung desselben: denn daß die Worte der *l. 60. D. cond. ind. „licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet“*, bedeuten sollen, „der Absolvirte höre nicht auf, Schuldner gewesen zu sein“, wie jetzt Vangerow I. §. 173. Anm. I. 5. nach Donellus ausführt, vermögen wir wie der Worte, so der Sache wegen nicht anzunehmen; wenn der Schuldner nach seiner Freisprechung condicirt, so kann, u. E., die Existenz seiner Schuld überhaupt nicht mehr in Frage kommen, weder ob sie ist, noch ob sie war — *l. 56. D. re jud. 42. 1. Post rem judicatam ... nihil quaeritur* —; ebendarum ist aber einzuräumen, daß die trotz der Freisprechung verbleibende *naturalis obligatio* gewöhnlich nichts hilft *cf. l. 13. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6.* vgl. Scheurl, heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 510.; in *l. 60. cit.* hilft sie gewissermaßen aus der Ferne, da noch nicht gesprochen, absolvirt ist; zu *l. 56.*

D. re jud. vgl. jetzt noch F. C. Schmidt, Methode der Auslegung d. Just. R. 1855. §. 44.; überhaupt Savigny, S. 81. — S. 96.; die Beleuchtung der Controverse bei Vang. a. a. O. Anm. I.], so liegt darin, daß sie aus einer civilis obligatio übrig bleiben, ihre rechtliche Voraussetzung.

So weit die positive Voraussetzung. Fragen wir nun weiter, warum hier und dort keine civilis obligatio entsteht, oder bleibt, so ergibt sich nunmehr von selbst, daß es dort (sub a.) die Personen sind, welche eine klagbare Obligatio nicht aufkommen lassen, während hier (sub b.) Ereignisse eintreten, welche an und für sich nicht nur die Klagbarkeit der Obligatio, sondern allenfalls die Obligatio selbst, ipso jure oder ope exceptionis, zu tilgen geartet sein möchten. Unter den Fällen ad a. findet man ferner zwar einen, bei dem es zu klagbarer Verpflichtung an der nöthigen Handlungsfähigkeit gebricht, hingegen aber keinen, bei dem es an Handlungsfähigkeit ganz und gar gebräche. Ohne Willen wäre ein Darlehen, Kauf, kurz jede causa obligationis nur mehr dem Scheine nach, und darum dünkt uns selbst natura keine obligatio möglich (vgl. meine kr. Bl. S. 43.). Bei den Fällen ad b. ist namentlich das noch in's Auge zu fassen, daß in ihnen die Tilgung der civilis obligatio nirgends eine Befriedigung des Gläubigers mit sich führt.

So weit die Voraussetzungen der n. o. Verschieden von ihnen ist der Grund der n. o.; das nämlich, weshalb unter den gedachten Voraussetzungen wenigstens eine naturalis o. zu Stande kommt, oder übrig bleibt. Hierüber scheinen auf den ersten Blick die Quellen selbst Aufschluß zu geben: l. 19. pr. D. cond. ind. Si poenae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet — l. 40. pr. eod. — si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest — l. 9. §. 4. D. ad SC. Maced. 14, 6. — und davon ist neuerlich wieder Scheurl ausgegangen (heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 514.). Allein näher betrachtet sagen uns diese Stellen nicht sowohl warum, als wann eine n. o. da sei, und selbst dieses nicht für alle Fälle, sondern, so viel uns dünkt, nur für den Fall, da die Klage ope exceptionis ausgeschlossen ist. Allerdings kann man jenem Wann auch einiges Warum abmerken;

allein mehr als Billigkeit läßt sich, wie man an Scheurl's Schlußsatz sieht, auf diesem Wege auch nicht erzielen. Wir selbst haben seinerzeit theils Billigkeit (aequitas), theils Consequenz (ratio) als den gesuchten Grund hingestellt (a. a. O. S. 45—48.); und meinen damit immer noch nicht fehlgegangen zu sein. Allein daß man damit am Ziele sei, können wir uns nicht mehr sagen; diese ersten Anfänge, oder letzten Ende der n. o., mit denen wir es hier zu thun haben, möchten leicht mannigfaltiger und verstrickter sein, als wir vordem annahmen. Es scheinen uns jetzt nämlich neben diesen inneren Triebfedern der Billigkeit und Consequenz auch gewisse äußere Umstände einen Anhaltspunkt, ja theilweise den ersten Anstoß zur Aufstellung der n. o. gegeben zu haben.

Unter den einzelnen Aeußerungen der n. o. finden wir nämlich Unstatthaftigkeit der condictio indebiti (s. g. soluti retentio — S. 412 oben); diese fast in allen Fällen (vgl. Sav. a. a. O. S. 45—48.); dann Möglichkeit einer pignoris obligatio (S. 293 unten) und fidejussio (l. 6. §. 2. D. fidej. 46. 1. etc. vgl. Sav. a. a. O. S. 49. not. m.); pignoris o. wird einmal als Grund einer n. o. hingestellt (S. 293 oben, Z. 5.), während man sie sonst als Wirkung der n. o. zu denken gewohnt ist; fidejussio einmal als das Mindeste, was der n. o. zukommen müsse [*l. 1. §. 2. D. v. o. 45, 1. — obligari pro eo nec fidejussorem quidem*]; in Einem Falle (bei bloßen Promissionen des Pupillen) finden wir in der n. o. wirklich nichts anderes als Haftung des Bürgen (l. 127. D. v. o.). Von der condictio indebiti wissen wir nun, daß aequum et bonum ihr Grund ist (S. 400.), und daß die Grundlosigkeit des einzelnen Vermögenszuganges nicht nach Recht, sondern nach Billigkeit bemessen wird (S. 418. 2. a. E.). Besteht also der Vermögenszugang in einer Zahlung, so wird derselbe nicht schon darum als grundlos betrachtet, weil die Zahlung nicht zu Recht besteht; wenn sie nur vor der Billigkeit besteht, — wenn nur der Billigkeit nach eine Schuld vorlag, so hat der Empfänger nicht grundlos empfangen, mithin soluti retentionem. Die condictio indebiti treibt demnach zu der Vorstellung von Billigkeitsschulden; den naturales obligationes, wofern sie Billigkeitsschulden sind, — und das sind die meisten — mußte sie

zum Anhalt dienen, wenn diese schon früher in Entwicklung begriffen waren; oder aber den Anstoß zur Entwicklung geben, wenn sie noch nicht da waren. So hat man denn auch schon die gesamte Erscheinung der n. o. (nicht blos das, was wir im Gegensatz ihrer Voraussetzungen Grund nannten) auf indebiti conductio zurückführen wollen (vgl. besonders Christiansen, zur L. von der nat. obl. und cond. ind. 1844.). — Ferner ist schon oben ausgeführt worden, wie die pignoris obligatio selbst eine Forderung sei; freilich eine Forderung, bei der keine Person, sondern eine Sache oder etwas Sachliches haftet — „gebunden“ ist; wie diese obligatio nach den „ihr eigenen Bedingungen“ noch existiren kann, nachdem die personae obligatio, um derentwillen sie contrahirt wurde, und deren Gegenstand auch sie zum Gegenstande hat, bereits untergegangen ist (S. 320. unten und S. 321. S. 365. S. 293.). Wo nun personae obligatio untergegangen, pignoris obligatio aber geblieben ist, also dasjenige, was Gläubiger vermöge der personae obligatio zu fordern hatte, annoch in der pignoris obligatio geschuldet wird, da liegt Anhalt oder Anstoß für Aufrechthaltung selbst der personae obligatio, so weit dies noch irgendwie möglich, und wenn es billig ist, vor. Es ist aber überall billig: denn wo nach Untergang der personae obligatio eine pignoris obligatio übrig bleibt, fehlt es überall an der Befriedigung des Gläubigers (S. 336. Z. 21—25.), und wenn trotz dem pignoris solutio billig scheinen sollte, nicht an einer exceptio (S. 338. Z. 14 von unten, S. 339 fg.); — es ist auch überall möglich: denn wo noch keine Befriedigung des Gläubigers eingetreten ist, kann überall noch an Zahlung, hiemit an Zahlbarkeit, und damit an naturalis o. gedacht werden. So möchten jene Worte: „remanet propter pignus n. o.“ entstanden sein. — Aber auch die fidejussoria obligatio scheint uns nicht so „rein accessorischer Natur“, als es jetzt z. B. wieder Huschke (Gajus, S. 71 oben) ausspricht. Dafür muß uns einstweilen der andere Gajus (III. 119.) bürgen. Wenn es nach diesem glaubwürdig schein', daß eine Bürgschaft bestehen könne, ohne daß die Hauptschuld besteht, und darnach die Bürgschaftsschuld zu der Hauptschuld in einem ähnlichen Verhältnisse steht, wie die pignoris obligatio zur personae obligatio, so kann auch hierin ein Anhalt oder Anstoß für die na-

turalis obligatio gefunden worden sein. Gajus zeigt aber auch, daß der Bürge noch haftete, wo man es für keine Anforderung der Billigkeit mehr halten konnte, daß die Hauptschuld auch nur naturaliter bestehe. So kam es zu Fällen der n. o., in denen ohne fidejussio keinerlei obligatio vorläge, und in einem fidejussorem teneri die ganze Bedeutung eines naturaliter teneri des Hauptschuldners enthalten war — wenn von einem solchen je noch die Rede gewesen sein sollte (vgl. meine krit. Bl. S. 48. Nr. 6. a. E.).

So mag mehreres, vielleicht noch mehr als hier ausgesprochen ist, zur Begründung und Entwicklung der n. o. beigetragen haben. Nichtsdestoweniger muß über all dem, was wir als Voraussetzung und Grund, Positives und Negatives, Inneres und Aeußeres, Recht und Billigkeit unterschieden haben, eine gewisse Einheit der Vorstellung und des Gedankens gewaltet haben; dafür zeugt der Eine Name: naturalis obligatio. Gerade dieser Name beweist aber, daß man an etwas für den natürlichen Sinn oder doch für den natürlichen (wenn auch nicht juristischen) Verstand Vorhandenes dachte. Und in der That zeigen uns alle Fälle der n. o. eine derart vorhandene Obligatio. Für den natürlichen Verstand ist die Schuld da, wenn der bestochene Richter den Schuldner auch absolvirt. Wenn der Sclave contrahirt, sieht das natürliche Auge einen Contract; wenn ein furiosus contrahirt, sieht das natürliche Auge auch einen Contract, aber schon der natürliche Verstand muß dareinsprechen, und sagen, daß das ein Scheincontract ist u. s. f. Das ist das Einheitliche in allen Fällen der naturalis obligatio, daß sie so wie das Wort sagt wirklicherweise da ist.

Man sage nun aber nicht, natürliches Dasein sei auch der Grund, warum in den bekannten Fällen wenigstens eine natürliche (zahlbare) obligatio entsteht oder übrig bleibt. Denn damit daß für die natürlichen Sinne und für den natürlichen Verstand eine obligatio vorliegt, ist noch nicht gesagt, daß letztere irgendwie auch eine Rechtspflicht, zahlbar, kurz eine naturalis obligatio der Rechtssprache sei. Wir haben es mit einer naturalis o. zu thun, welche, nach früherer Bemerkung, nicht bloßes Naturwesen, sondern zugleich ein Rechtsding ist. Es mußten erst Abwägungen der Billigkeit und des juristischen Verstandes

Anhaltspunkte und Antriebe von außen hinzukommen, um jenes Naturding zugleich zu einem Rechtsding zu machen. So ward z. B. nicht jeder eigenmächtige Contract eines Pupillen zur naturalis o. im Rechtssinn erhoben. Natürliches Dasein ist nur eine Voraussetzung unserer naturalis o. Wie aber unsere n. o. kein bloßes Naturding, so ist die civilis o. kein bloßes Rechtsding; sie hat gleich unserer n. o. ein natürliches Dasein zur Voraussetzung, und zwar dasselbe wie diese. Darum konnten wir sagen, das Dasein einer gewöhnlichen causa obligationis sei die (positive) Voraussetzung der naturalis obligatio.

§. 134.

Haupt- und Nebenverpflichtung.

In einer und derselben Obligation, desselben Schuldners, mag man den Gegensatz von Haupt- und Nebenverpflichtung schon darin finden, daß unter dem Mehreren, was Schuldner zu leisten hat, etwas in Vergleich zum anderen als Nebensache (D. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora, 22, 1.) erscheint: durch Natur der Sache [Pertinenzen: S. 485. Z. 19 v. unten. Böcking, Institt. I. 2. Aufl. §. 81. bes. §. c.; — Früchte, natürliche und civile: S. 195. S. 265. *in med.* S. 485. Z. 13 v. unten. Böcking, a. a. O. §. 79. §. 80.; — sonstige *commoda* der schuldigen Sache: S. 485. Z. 15. v. u. fg.; — überhaupt *omnis causa rei*], oder Geding [S. 485. *ad a.* Z. 3. — „Accessionen"]. Allein das ist für uns ohne weiteres Interesse; mag, was der Schuldner schuldig ist, eine Nebensache, oder Hauptsache sein: genug daß er sie schuldig ist. Ganz anders, wenn ein Gegensatz des Haupt- und Nebensächlichen anstatt blos im Gegenstande der Verpflichtung in der Verpflichtung selbst zu finden wäre: denn dann läge ein Unterschied in einer res juris (incorporalis — Obligation) vor, und nothwendig müßte dieser von rechtlicher Bedeutung sein.

Es besteht aber wirklich ein solcher Gegensatz in den Verpflichtungen selbst, und zwar in einer und derselben Obligatio, desselben Schuldners: darin, daß dieser von mehrerem was er zu leisten hat, einiges nur insoferne zu leisten schuldig ist,

als er das andere zu leisten schuldig ist, während er umgekehrt wohl das letztere ohne das andere schuldig sein kann. Derselbe kann nun zwar blos da vorkommen, wo neben einer Hauptsache Nebensachen zu leisten sind; nur an Nebensachen ist Nebenverpflichtung möglich; allein umgekehrt ist nicht an jeder Nebensache blos Nebenverpflichtung möglich. Zu verabredeten Accessionen ist der Obligirte so selbständig verpflichtet, wie zu der Hauptsache (l. 11. §. 17. D. a. e. e. v. 19, 1.); desgleichen zu Pertinenzen (arg. l. 48. D. eod.); Früchte der Hauptsache dagegen natürliche wie civile, und sonstige commoda rei können zwar auch ohne Geding zum Gegenstand von Verpflichtungen werden: allein nur von Nebenverpflichtungen: non sunt in obligatione, sed officio judicis praestantur — heißt es von Verzugs- und den s. g. gesetzlichen Zinsen (§. 104 a. A.); muß sie der Richter auch ohne Antrag zusprechen, so können sie anderseits nur neben und mit der Hauptsache eingeklagt werden [*l. 4. C. dep. 4, 34. l. 49. §. 1. D. a. e. e. v. 19,* 1. *cf. l. 1. C. jud. 3, 1.* Wegen *l. 23. D. exc. r. jud. 44, 2.* — wo auch die Zinse *ex b. f. neg.* Conventionalzinse sein möchten — vgl. Keller, Litisc. S. 536—538. S. 393. Z. 12.]. Was von den unbedungenen Zinsen, läßt man aber mit Recht auch von den noch übrigen unbedungenen Nebensachen gelten (Unterholzner, Schuldverhh. I. §. 149. Nr. 3. Mühlenbruch, Pand. §. 371. II.).

Diese Nebenverpflichtung entspringt 1) heutzutage allgemein vom Augenblick der Anforderung an, der außergerichtlichen wie der gerichtlichen, dort nur soferne der Verzug nicht entschuldigt ist, im Falle der (schuldhaften) Mora aber auch, wenn diese ohne Anforderung entstanden sein sollte (S. 549. Z. 7 v. u. S. 552. Z. 14. v. u.); — 2) in einer Reihe von Contracten und Quasicontracten auch schon vor der Mora, oder der Klagsmittheilung, bald von dem Augenblicke des Contractes oder Quasicontractes, bald wenigstens von dem Zeitpunkte an, wo überhaupt eine Verpflichtung zur Ausantwortung der Hauptsache besteht [Hauptstellen: *l. 38. l. 3. §. 1. D. usur.; l. 38. §. 1. §. 2. cit. l. 15. pr. l. 65. §. 5. D. cond. ind. 12, 6;* S. 437 v. oben. *l. 22. §. 2. D. pign. act. etc.;* — S. 485. Z. 16 v. u. *l. 38. §. 8.; l. 38. §. 12. §. 16. D. usur. etc.*] so viel uns dünkt deswegen, weil in diesen Fällen die Haupt-

sache von Anfang oder doch jenem späteren Zeitpunkt an dem Gläubiger gehört oder als ihm gehörig gedacht wird (arg. l. 38. §. 7. D. usur.). Unter diese Nebenverpflichtungen gehört namentlich auch ein Theil der unter der s. g. gesetzlichen Zinspflicht aufgezählten Fälle [z. B. die Zinspflicht von Geschäftsführern für den Nutzen aus den im Geschäft erlaufenen Geldern: *l. 1. §. 1. l. 17. §. 7. D. usur. l.* 10. *§. 3. D. mand. 17, 1. l. 7. §. 10—12. §. 3. l. 15. D. adm. tut. 26, 7. l. 19. §. 4. D. neg. gest. 3, 5.* Zinspflicht ferner die des Käufers nach Empfang der Waare: *l. 13. §. 20. §. 21. D. a. e. e. v. 19, 1.;* überhaupt die Fälle, wo nach Maßgabe von *l. 38. D. usur.* eine Verpflichtung zu *fructus* (und *omnis causa*) auch ohne Mora eintritt, die Hauptsache aber Geld ist]. In den noch übrigen Fällen der s. g. gesetzlichen Zinspflicht laufen — von den Verzugszinsen abgesehen — 3) die Zinse auch von dem Zeitpunkt an, da das Kapital fällig ist; allein nicht aus dem vorigen Grunde; die Quellen sind uneinig darüber, ob eine mora ex re vorliege (vgl. l. 3. C. in quib. caus. i. i. r. 2, 41. l. 26. §. 1. D. fideic. lib. 40, 5. mit l. 87. §. 1. legat. II. l. 5. C. a. e. 4, 49.); richtiger ist es, ein Privilegium anzunehmen [*„aetatis favor" l. 5. C. a. e. cit.; l. 17. §. 5. D. usur.; l. 46. §. 4. C. ep. et cler. 1, 3.*]: hier allein sollte man von gesetzlicher Zinspflicht reden.

Bei der Nebenverpflichtung taucht der Unterschied von fructus percepti und percipiendi auf. Vielleicht läßt sich als Regel aufstellen, daß die Nebenverpflichtung aus Verzug (ad 1.) sich auch auf percipiendi erstreckt (l. 39. §. 1. D. leg. I. l. 21. §. 3. D. a. e. e. v. l. 40. pr. D. her. pet. 5, 3. arg. l. 62. §. 1. D. r. v. 6, 1. vgl. Unterh. a. a. O. §. 149. not. e.), während die aus der Zugehörigkeit der Hauptsache sich auf percepti zu beschränken scheint (l. 38. §. 1. D. usur. Unterh. a. a. O. not. n.); besteht aber letztere in einer Geldsumme, die Nebenverpflichtung also in einer Zinspflicht, so wird zwischen perceptis und percipiendis nirgends mehr unterschieden, und namentlich von den Geschäftsführern eine Zinsvergütung verlangt nicht nur für den Nutzen, den sie gemacht haben, sondern auch für den, welchen sie machen konnten: l. 7. §. 3. §. 11. D. adm. tut. l. 17. §. 7. D. usur. l. 19. §. 4. D. neg. gest.

Bei den Zinsen insbesondere taucht die Frage nach ihrer Größe auf. Für diesen Platz ist in §. 104 die Erwähnung einiger Zinsbeschränkungen aufgespart worden, denen nicht minder die nichtbedungenen, als die bedungenen (Conventional=) Zinse unterliegen. Dieselben bestehen 1) in einem Zinsmaximum [das nach Ansicht Vieler heutzutage nicht blos für die Conventionalzinse, und die Darlehenverzugszinse (R. P. O. v. 1577. Dep. Absch. zu Speyer v. 1600. §. 139.), sondern, mit Ausnahme des *foenus nauticum (l. 4. pr. D. h. t. 22, 2. l. 2. C. eod. 4, 33.)*, und des sich etwa höher berechnenden wirklichen Verzugs=Interesses (Dep. Absch. *cit.*), allgemein in 5% bestehen soll (vgl. Arndts §. 210. Sintenis, pract. gem. Civr. II. S. 102 fg. Glück, Comm. XXI. §. 1133.), während Einige die höheren (sechs= oder mehrprozentigen) Zinse, welche nach r. R. für gewisse Fälle der s. g. gesetzlichen Zinse vorkommen *(l. 2. l. 3. C. usur. rei jud. 7, 54.; l. 4. C. aedif. priv. 8, 10. — l. 38. D. neg. gest. l. 7. §. 4. §. 10. D. adm. tut. 26, 7. l. 1. C. usur. pupill. 5, 56.)* noch festhalten wollen (z. B. Seuffert, pract. P. R. §. 233.). Eher mag noch für einige Fälle der gesetzlichen Zinse ein geringerer Zinsfluß gelten *(l. 31. §. 2. C. j. dot. c. 5, 12.; l. un. §. 7. C. rei ux. act. 5, 13.; Nov. 22. c. 44. §. 7. c. 44. §. 4.; l. 12. pr. C. pet. her. 3, 31.)*. In den noch übrigen Fällen gesetzlicher Zinspflicht galt der landesübliche Zinsfuß *(l. 1. pr. D. usur. l. 10. §. 3. D. mand. l. 7. §. 10. in fin. D. adm. tut.)*, der aber nach Maßgabe d. cit. Dep. Abschiedes heutzutage gleichfalls dem fünfprozentigen Zinsfuß weichen mag. Arndts §. 210. Anm. 3.], 2) im Verbot des Anatocismus [sowohl des s. g. *conjunctus*, wie des s. g. *separatus*, den unsere Quellen zunächst im Auge haben: *l. 28. C. usur. l. 29. D. usur. l. 27. D. re jud. 42,* 1. *l. 26. §. 1. D. cond. ind. 12, 6.* Die Streitfrage, ob man Zinsen noviren (*in sortem redigere*), und dadurch zinsbar machen könne, ist durch *l. 28. C. cit.* entschieden. vgl. Arndts, Pand. §. 209. Anm; 2.], 3) in einer Grenze des Zinsenanlaufs [*l. 27. §. 1. l. 10. C. usur. l. 26.* §. 1. *D. cond. ind.*].

Die Prästationspflicht.

§. 135.

Schreiten wir von dem „oportere" zu dem „dare facere praestare oportere" (Gaj. IV. 2. l. 3. pr. D. o. et a. 44, 7.) unserer Verpflichtungen fort, so nimmt uns, im Interesse des heutigen Rechts, mehr als das dare, facere [vgl. darüber *l. 75. §. 10. D. v. o. l. 167. pr. D. r. j.; l. 136. §.* 1. *l. 56. §. 6. D. v. o.; l. 17.* §. 2. *l. 20. §. 2. D. praescr. v. 19, 5. l. 3. pr. D. usufr. 7,* 1. Sav. Obl. R. I. §. 28.; — *l. 72 pr. l.* 28. *l. 43. l. 67.* §. 1. *l.* 115. *pr. D. v. o.;* positive Bedeutung des *non facere: l. 50. pr.* §. 1. *l. 49.* §. 2. *l. 83. pr. l. 38. pr. eod.*] und dessen Eigenschaften [wie das *certum, incertum*, (nicht *„imperfectum"*): z. B. *l. 115. pr. l. 94. l. 95. D. v. o. Gaj. IV. 50. §. 53. in fin.* §. *54. Rubr. D. r. cr. si certum petetur, 12, 1: l. 74. l. 75. D. v. o. l. 6. D. r. cr.;* zu *l. 75. §. 8. cit.* vgl. *l. 118.* §. *2. l. 106. D. v. o.*: zu *l. 75. §.* 1. *cit.* vgl. *l. 54. pr. eod.; l. 68. l. 121. pr. eod.* — haupt= und nebensächliches: s. oben §. 134.; — mögliches und unmögliches: s. unten §. 136.; — theilbares und untheilbares: s. u. §. 137. — Aestimabilität: vgl. oben §. 88. §. 89; unten §. 138.] das „praestare" in Anspruch. Und so vielwendig auch der Gebrauch dieses Wortes sein mag (Marezoll, über Dare, Facere, und Prästare, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. X. Nr. 8. §. 6.), so kann uns, wieder im Interesse des heutigen Rechts, doch nur Eine Bedeutung desselben aufhalten: diejenige, welche von allen Anderen (z. B. Puchta, Inst. II. §. 165. Sav. S. V. Beil. XIV. Nr. 28. Marezoll a. a. O.) verschwiegen, dagegen von Huschke erkannt und ausgesprochen wurde (Zeitschr. f. gesch. R. W. XIII. S. 251. Vgl. übrigens auch meine krit. Bl. Nr. 4. S. 47.). Sie liegt nicht nur dem Worte selbst am nächsten, sondern trifft auch den wichtigsten Punkt auf der Schuldseite der Forderung. Und während eine Reihe von allgemeinen Lehren, wie die von dolus, culpa, casus, von Gewährschaft wegen Eviction, Mängeln, und die vom Interesse in den Systemen noch umherirren, oder sich mit dem sehr allgemeinen Titel von „Modificationen des Inhalts" u. dgl. rangiren lassen müssen, werden sie bald

zu Stand und Stellung kommen, sobald man beides unserem praestare einräumt.

„Praestare“ kann man mit „davor stehen“ verdeutschen, und durch „dafür einstehen“ erklären; für praestatio findet sich kaum ein zutreffenderes Wort als „Vertretung“. Wiewohl nun das „praestare“ hinter dem „dare, facere“ aufgeführt wird, soll es doch davor stehen, vor das dare facere nämlich. Denn so nothwendig jede Obligation auf ein dare oder facere oder auf ein dare facere geht, so nothwendig enthält jede ein praestare oportere, das nämlich, daß der Verpflichtete „vor das dare facere stehen“ — dafür gut- oder einstehen muß. Er hat, kann man sagen, seine eigene Obligation zu vertreten. Fassen wir alle Vertretung, die demselben darnach möglicherweise obliegt, zusammen, so soll er nämlich für den Fall, daß das schuldige dare, facere nicht, oder nicht vollständig, oder nicht rechtzeitig, oder nicht am rechten Orte erfolgt, oder als nichterfolgt zu betrachten ist, hiefür aufkommen. Somit ist zwischen einer Prästationspflicht, welche dem Verpflichteten sofort mit dem Dasein der Obligatio, aber nur für einen gewißen Fall (eventuell) aufliegt — und einer Prästationsschuld, in welche sich die Prästationspflicht durch Eintritt des Falles verwandelt, zu unterscheiden. Es muß aber weiterhin das was, und der Fall wann, und das womit zu prästiren ist (Prästationsobject — Prästationsfall und Prästationsgrund — Prästationsmittel) unterschieden und ausgeführt werden.

§. 136. Fortsetzung.

Prästationsobject ist allgemein das daß die schuldige Leistung (dare, facere) nicht, oder nicht vollständig &c. erfolgt. Für diesen Um- oder Zustand, daß die schuldige Leistung ausgeblieben, oder nicht recht erfüllt ist, kommen theils nach den schon genannten Unterschieden der ganzen, und der theilweisen Nichtleistung, theils nach der Verschiedenheit in den Anläßen und Ursachen der verschiedenen Nichtleistungen verschiedene Namen und Ausdrucksweisen vor: „casus“ für eine nachträglich, und ohne Zuthun des Verpflichteten eingetretene volle oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung (z. B. l. 18. §. 4. D. commod. 13, 6. l. 10. §. 1. D. peric. et comm. 18, 6. — Mommsen F.,

Unmögl. der Leistung S. 232 oben, S. 242.); — „Eviction" für den Fall, da wegen mangelnder Auctoritas des Leistenden das Geleistete durch Recht und Gericht nachträglich verloren geht (S. 486. ad b.); — auch „dolus" und „culpa" kommen nicht blos für den schuldhaften Willen, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, sondern für diesen Erfolg zugleich vor [*l. 1. §. ult. D. dep. 16, 3. — dolus duntaxat in hanc actionem venit — l. 3. §. 9. D. neg. gest. 3, 5.*]. Daraus folgt denn der Ausdruck casum, evictionem praestare (z. B. l. 11. D. neg. gest. l. 23. D. r. j.; l. 10. in fin. D. a. e. e. v. 19, 1.), und auch das „dolum, culpam praestare" (l. 11. l. 23. cit.) wird nicht als Prästation des Prästationsgrundes, sondern des durch dolus und culpa gestifteten Erfolges zu denken sein. Für mangelhafte, verspätete rc. Leistung wissen wir keinen Terminus. Wo das praestare oportere vorerst blos Prästationspflicht, noch nicht Prästationsschuld ist, ist vorerst auch blos die Leistung wie sie erfolgen soll, nicht die nicht, oder nicht recht erfolgte, Prästationsobject: z. B. sanum esse, furtis noxisque solutum esse, dolum malum abesse, habere licere praestare (l. 31. l. 3. D. evict. l. 11. §. 7. §. 8. §. 18. D. a. e. e. v. l. 68. §. 1. D. c. e. 18, 1.).

Da der Erfolg der Leistung, ihre Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit für den Gläubiger Geldwerth haben müßte [oben §. 135. Z. 18. von oben], kann auch ihr Richterfolg, ihre Unvollständigkeit oder Verspätung für denselben nicht ohne „Interesse" sein: wofern er nur rechnet, drängt sich ihm die Differenz dessen was er hat, von dem was er haben sollte, nothwendig auf. So wird bei näherer Betrachtung das Prästationsobject Interesse [*l. 11. pr. D. min. 4, 4. „— actio erit in id quod minoris interfuit (hominem) non manumitti: proinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur*]. Besteht das Prästationsobject darin, daß nicht oder (gleichviel ob qualitativ oder quantitativ) nicht vollständig geleistet wurde, so begreift das Interesse vor allem den Werth dessen, was geleistet sein sollte, oder was an der Leistung — in Quantum oder Qualität — ausfiel [*„pretium verum rei"* — Sachwerth z. B. *l. 4. §. 11. D. vi bon. rapt. 47, 8.* — womit jedoch *„quanti ea res est"* nicht immer gleichbedeutend

ist — z. B. *l. 68. D. r. v. 6, 1. l. 4. §. 7. D. damn. inf. 39, 2.* vgl. Savigny, S. V. Beil. XII. Mommsen, F.-Beitr. z. O. R. II. 3. Lehre v. d. Interesse §. 6.]. Dazu kommt aber der allenfallsige Schade, den der Gläubiger aus dem Richterfolg oder der Mangelhaftigkeit der Leistung überdies hat, sowie der Gewinn, den er überdies hätte [*l. 13. pr. D. rat. r. hab. 46, 8.* „— *in quantum mea interfuit: id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* — s. g. *damnum emergens* und *lucrum cessans* z. B. *l. 13. pr. §. 2. D. a. e. e. v. l. 45. D. c. e. 18, 1; l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4.*], der Gewinn nur wenn er ihn „hätte", nicht schon wenn er ihn blos vielleicht hätte haben können (l. ult. D. peric. 18, 6.), und wohl darum nur „utilitas circa rem ipsam" d. h. nur der Gewinn aus der schuldigen Leistung, nicht auch der Gewinn aus dem Gewinne (l. 21. §. 3. D. a. e. e. v.). Irgend ein anderes, engeres oder weiteres Interesse, als das hier angegebene, namentlich ein J. „extra rem" im Gegensatze zum J. „circa rem" („directes, indirectes J.") kommt nicht vor (Mommsen a. a. O. §. 24—26.). Dagegen versteht sich von selbst, daß das Interesse der Verspätung oder des unrechten Ortes keinen Sachwerth in sich begreift.

Regelmäßig ist das ganze Interesse Präſtationsobject [Mommsen, a. a. O. §. 8—§. 10. vgl. *l. 1. pr. D. a. e. e. v.; l. 60. pr. D. evict.; l. 33. D. loc. 19, 2. l. 41. l. 42. D. pro soc. l. 27. §. 2. D. mand. l. 21. §. 3. D. neg. gest. l. 7. C. arbitr. tut. 5, 51. etc.;* — *l. 68. l. 81. pr. l. 112. §. 1. l. 133. l. 135. §. 3.; l. 118. §. 2. D. v. o.; l. 38. §. 1.* — *§. 3.; §. 7. D. usur.; Gaj. II. 280.*], ausnahmsweise und wo dies überhaupt möglich ist, nur der Sachwerth [*l. 61. D. ad leg. Falc. 35, 2.; l. 114. §. 5. D. leg. I.; l. 71. §. 3 eod.;* — *l. 13. §. 1. D. a. e. e. v.* „*aestimatio*", „*pretium rei*", „*justa aestimatio*", „*justum pretium*" z. B. in *l. 36. pr. D. don. inter v. et u. 24, 1.* gehen ebensowenig als „*quanti res est* blos auf *verum rei pretium.* Mommsen a. a. O. §. 11. bes. a. E. u. S. 68—70.]. So kommt es, daß das Wort „Interesse" nicht selten im Gegensatz zum Sachwerth steht [*l. 60. D. evict. l. 21. §. 2. D. ad leg. Aq. l. 50. pr. D. furt. 47, 2. l. 179. l. 193. D. v. s. 50, 16.*], während sonst der

Sachwerth im Interesse steckt: mag auch das Interesse mitunter kleiner sein als der Werth der Sache (l. 6. D. vi 43, 16. l. 3. §. 11. D. uti poss. 43, 17. Mommsen S. 17.)

Unter den Ausdrücken, die mit dem von Interesse (in seinem weiteren, den Sachwerth in sich begreifenden, oder in seinem engeren Sinn) abwechseln [wie *quanti ea res est* — *utilitas* — *causa rei* —], kommt auch „damnum" vor, und zwar mit Inbegriff des s. g. lucrum cessans (Mommsen, §. 5. — arg. l. 2. §. 11. D. ne quid in loco publ. 43. 8.), und also auch wieder „damnum praestare" anstatt des „id quod interest praestare" (z. B. l. 26. D. leg. III.). So, scheint es, könnte man die ganze Lehre von der Prästationspflicht wohl auch als die vom „Schadensersatz" bezeichnen; allein einerseits möchte diese Bezeichnung dazu beitragen, die hervorragende Stellung, welche unserem praestare oportere neben dem dare, facere oportere gebührt, zu verdunkeln [vgl. z. B. die Lehre vom Schadensersatz bei Puchta P. §. 224. Arndts P. §. 206.]; anderseits könnte sie zu ungebührlicher Erweiterung des ihm eigenen Gebietes verführen. Prästation des Interesse oder Schadensersatz kommt nämlich auch bei dinglichen Ansprüchen, und bei Delicten vor; ist doch „damnum" das Uebel, um dessen Heilung („decidere", „sarcire": l. 61. §. 2. D. furt. 47, 2 Gaj. IV. 37, 45.; — l. 2. C. leg. Aq. 3, 35.) es sich in den meisten Delicten handelt. Wenn nun gleich auch in diesen Fällen nicht nur von einem „damnum praestare" (l. 61. pr. — §. 5. D. furt.), sondern, bei Delicten wenigstens, auch von einem praestare oportere die Rede gewesen sein mag (cf. Gaj. IV. 37.), ja Savigny mit Puchta meint, daß gerade für die Prästation von Delictsschäden das praestare oportere formulirt worden sei (was neben dem bei Marezoll a. a. O. nachgewiesenen, vorwiegenden Gebrauch des Wortes in b. f. judiciis sehr gewagt ist — s. übrigens Sav. S. V. S. 600. Anm. a.) — so ist doch unser praestare oportere von diesen beiden anderen Prästationspflichten merklich verschieden; von der in Delicten eher noch mehr als von der bei dinglichen Ansprüchen. Denn unser praestare oportere ist die Vertretung eines dare facere oportere, einer bereits vorhandenen Obligation; das damnum decidere, praestare oportere vertritt blos den Schaden, nicht eine außer

diesem oportere vorhandene Obligation; die Ersatzpflicht bei dinglichen Klagen zwar einen bereits vorhandenen, aber einen dinglichen Anspruch, kein dare facere oportere.

So müssen wir von unserm Präßtationsobject denn ausdrücklich noch Einen Schaden ausscheiden, der dem hier zu behandelnden am nächsten liegt: den Schaden, oder das Interesse aus einem „unmöglichen Contract" (impossibilis obligatio) d. i. aus einem Contract auf eine vornherein unmögliche Leistung. Woferne hier nur eine wahre Unmöglichkeit (l. 137. §. 4. 5. D. v. o.; l. 35. pr. eod. l. 8. C. contr. stip. 8, 38. §. 1. J. inut. stip. 3, 19.; Gaj. III. §. 97. l. 1. §. 9. D. o. et a. 44, 7. l. 83. §. 5. l. 103. l. 26. D. v. o.) vorliegt, sich auch nicht blos auf einen Theil der Leistung beschränkt, sondern entweder die ganze Leistung, oder den prinzipalen, oder doch überwiegenden Theil derselben betrifft, ist der Contract nichtig [*l. 185. D. r. j.: Impossibilium nulla obligatio est. ll. cit. l. 57. D. c. e. 18, 1. l.* 22 — *l.* 24. *D. c. e. cf. l.* 71. §. *5. D. leg. I.* Ueberhaupt Mommsen, F., Beitr. z. D. R. I. die Unmöglichkeit der Leistung, 1853. bes. §. 1. §. 11—§. 19.]; nichtsdestoweniger kann hier eine Präßtationsschuld begründet sein, und diese bald durch eine eigene Klage (l. 8. §. 1. D. relig. 11, 7. cf. l. 1. C. sepulchr. viol. 9, 19.), bald durch die Contractsklage geltend gemacht werden (l. 62. §. 1. D. c. e.). Daß das hier zu präßtirende Interesse seiner Natur nach ein anderes sei, als das bei nachfolgender Unmöglichkeit [Interesse „über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein", im Gegensatz zu dem Interesse „an der Erfüllung des Contraktes" — Mommsen, a. a. O. S. 107.], scheint uns eben so richtig, wie die weitere Behauptung Mommsens, daß es zur Verschuldung dieses Interesse lediglich durch dolus und culpa lata (auch culpa lata?) auf der einen, und entschuldbaren Irrthum auf der anderen Seite kommen könne (SS. 108. 109. cf. l. 203. D. r. j.). In all dem liegt nun aber auch der Beweis dafür, daß die diesorts vorkommende Präßtationsschuld von unserm obigen praestare oportere verschieden sei. Da sie aus einem nichtigen Contracte erwächst, steht sie für kein dare facere oportere, sondern gleich den Delictsschulden lediglich für einen Schaden ein; wenn wegen dolus, fehlt nichts zur Be-

gründung einer Delictsklage — der actio de dolo, und mag es nur die sonstige Scheu vor dieser damals famosa actio gewesen sein, wenn z. B. troß des nichtigen Kaufs dennoch actio emti gegeben wurde (l. 62. §. 1. D. c. e. cf. l. 4. pr. D. leg. comm. 18, 3.).

Uebrigens scheint uns, im Gegensatze zu Mommsen, die Regel: „impossibilium nulla obligatio", nur auf einseitige Contracte gelautet zu haben; für den Repräsentanten der gegenseitigen Contracte möchte die Nichtigkeit aus einer anderen Regel geflossen sein: „Nulla emtio venditio sine re" (S. 478 unten). Gerade hier mußte nun aber die Nichtigkeit in Fällen zweifelhaft werden, in denen sie bei Stipulationen entschieden war. Denn wenn hominem liberum, locum sacrum aut religiosum dari stipulirt wurde, lag entschiedene Nichtigkeit vor [— *Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, palam est, naturali ratione inutilem esse stipulationem — l. 1. §. 9. D. o. et a.*]; wenn dagegen die eine oder andere von jenen Sachen verkauft, also kein dari, sondern, stillschweigend oder ausdrücklich, ein habere licere versprochen wurde, so lag zwar kein Gegenstand vor, den man habere, possidere konnte (S. 58. 2. Abs.), ob aber bezüglich seiner das habere licere nicht wenigstens versprochen werden könne, mußte fraglich scheinen. Es war dies dieselbe Frage, die man — im Titel de evictionibus — bezüglich der stipulatio „sanum esse, furem non esse etc." aufgeworfen (l. 31. D. evict.), und wie eine unabweisliche Nothwendigkeit bejaht findet. So unabweislich war die Bejahung für unseren Fall nicht, und wenn blos Stellen wie l. 34. §. 1. l. 22—l. 24. D. c. e. zu finden wären, so möchte man glauben, daß sie überhaupt nicht erfolgt sei; nun scheint uns aber durch die von Mommsen selbst zusammengestellten l. 70. D. c. e. l. 4. D. qui ad lib. (40, 13.) l. 34. §. 2. D. c. e. l. 39. §. 3. D. evict. l. 4 — l. 6. pr. D. c. e. §. 5. J. emt. (3, 23.) die Bejahung erwiesen, und namentlich nicht auf den Verkauf eines liber homo beschränkt zu sein (s. dag. Mommsen, S. 129 fg. Windscheid, Recension des Mommsen'schen Buches in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II. S. 117.). Wo darnach ein Kauf oder ähnliches Geschäft zwar an und für sich mangels einer res nichtig, aber unter der Voraussetzung, daß Käufer 2c.

diesen Mangel nicht kennt (ll. citt.), nach dem Gesichtspunkte des Evictionsversprechens, haltbar ist, liegt ein praestare oportere in unserem Sinne, und zwar nach dem Muster der Evictionsgewährschaft vor: zunächst eine Verpflichtung zu der Verschaffung des habere licere (ein facere oportere), und weil diese nicht erfüllbar ist, eine Schuld auf das Interesse „quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum non esse“ (§. 5. J. cit.).

§. 137.

Der Prästationsgrund ist, in natürlicher Wiederholung der causa obligationum — der causa des dare facere oportere — bald delictartig (eine Verschuldung), bald contractlich oder quasicontractlich. Wo die Prästation des dare facere oportere weder durch Vertrag, noch re, noch durch Verschuldung contrahirt wird, ist eine Prästationsschuld unmöglich, wenngleich der Fall eintreten sollte, daß die Leistung nicht, oder nicht recht ꝛc. erfolgt ist. Hiernach muß

1) der casus den Obligirten befreien, so oft er denselben prästiren zu wollen nicht versprochen hat [*l. 23. D. r. j. — casus . . a nullo praestantur — l. 1. §. 35. D. dep. 16, 3; §. 6. eod. l. 7. §. 15. D. pact. 2, 14. l. 39. D. mand. 17, 1.*]. Das Versprechen der casus (periculi) praestatio kann stillschweigend da sein: in der Uebernahme der so und so geschätzten Sachen bei ästimatorischen Contracten [*l. 1. §. 1. D. aestim. 19, 3. l. 54. §. 2. D. loc. 19, 2. l. 5. §. 3. D. commod. 13, 6;* vgl. mit *l. 17. §. 1. D. praescr. v. 19, 5. l. 11. pr. D. r. cr. Paul. R. S. II. 4. §. 4.* mit *l. 52. §. 3. D. pro soc.*, und endlich mit *l. 69. §. 7. D. j. d. 23, 3. l. 21. C. eod. 5, 12.* Chambon, Beitr. z. O. R. I. Bd. Nr. I. Die Lehre vom *contractus aestimatorius* S. 10—33.]; zum Theil auch in alternativem Versprechen (l. 34. §. 6. D. c. e. l. 95. pr. §. 1. D. solut.). Damit daß irgend eine Verschuldung von Seite des Verpflichteten vorliegt, ist das Dasein einer Prästationsschuld noch nicht ausgemacht, weil nicht jede Verschuldung jedesmal prästationsschuldig macht (s. u. Nr. 2.); dagegen ist der Unfall, wenn irgend ein Verschulden des Verpflichteten zu demselben beigetragen hat, nicht mehr bloßer casus (vgl. Mommsen, Unmögl. der Leistung, S. 236. Anm. 12.; Anwendung: unten Nr. 5. a. E.; — l. 3. §. 1. l. 1. §. 1. D.

naut. (4, 9.) l. 5. §. 7. D. comm. 13, 6.); und wenn er durch ein „factum“ des Verpflichteten entsteht, nicht mehr „Zufall“ (casus): §. 16. J. leg. (2, 20.); dagegen Mommsen a. a. O. §. 22.

2) Wird die schuldige Leistung ganz oder zum Theil durch Schuld des Verpflichteten unmöglich, so kommt darauf an, ob letztere dolus oder blos culpa sei (vgl. S. 508 unten). Ersteren Falls ist die Prästationsschuld heutzutage überall und nothwendig da (wegen des römischen R. vgl. l. 91. pr. D. v. o.); es kann ihr durch kein Geding vorgebeugt werden (l. 1. §. 7. D. depos. l. 17. pr. D. commodat. l. 27. §. 3. §. 4. D. pact. l. 23. D. r. j.); daß dolus und dolus sich compensiren (l. 57. §. ult. D. c. e. cf. l. 10. D. comp. 16, 2.) ist dem nicht entgegen. — Ist die Schuld „culpa“, so kommt darauf an, ob diese lata oder levis [*l. 213. §. ult. D. v. s. l. 223. eod.; l. 22. §. 3. D. ad SC. Treb. 36, 1. l. 20. C. neg. gest. 2, 19. l. 7. C. arbitr. tut. 5, 51.*], — ob in faciendo und aquilisch (§. 120. S. 518; Hasse, J. Ch., die Culpa des R. R. 2. Aufl. §. 27.) oder nicht aquilisch: sei es nun in non faciendo (l. 83. pr. D. v. o.), oder in faciendo (z. B. l. 18. §. 3. l. 17. §. 3. D. commodat. l. 18. §. 3. D. dol. mal. 4, 3.) und endlich von welcher Art die Forderung sei. Culpa lata nun ist als dolo proxima, dem dolus, wo möglich (arg. l. 7. ad leg. Corn. de sic. 48, 8. cf. l. 1. §. 1. D. si is qui testam. 47, 4.), gleichgestellt (l. 226. D. v. s. l. 1. §. 1. D. si mensor fals. mod. 11, 6. l. 8. §. 3. D. prec. 43, 26. l. 1. §. 5. D. o. et a. cf. l. 1. §. 8. D. dep. 16, 3.). Culpa levis dagegen (die neben dolus blos „culpa“ zu heißen pflegt: z. B. l. 13. §. 1. D. pign. act. l. 17. §. 2. D. pr. verb. 19, 5. Hasse, a. a. O. §. 43.) muß, um in allen Obligationen prästationsschuldig zu machen, in faciendo und aquilisch sein [*arg. l. 18. §. 1. D. commodati: „— sive deposita —“* vgl. mit *l. 23. D. r. j. „— dolum tantum depositum —“*, machte dann aber prästationsschuldig, wenn *legis Aq. actio* auch nicht mehr anging *l. 10. pr. D. comm. div. 10, 3.*]; die nichtaquilische in faciendo, und die in non faciendo brauchen nicht in allen Fällen präſtirt zu werden [Uebersicht: *l. 23. D. r. j.* wozu Huschke, Rh. M. VII. S. 74.; Hasse, a. a. O. §. 95.]. Wenn aber — was nicht zu bezweifeln — das Gegentheil der culpa levis „diligentia“ ist, (z. B. l. 68. pr. D. c. e.); und aber

diligentia denn doch nichts anderes sein kann, als was wir Fleiß, Vorsicht, Sorgfalt nennen, so möchte man verlangen, daß in allen Contracten und Quasicontracten „diligentia" präſtirt werde. Denn überall hier hat der Verpflichtete des Gläubigers Gut, dessen Sachen oder Geschäfte in Händen; oder aber Sachen, die noch ihm selbst, oder einem Dritten, gehören, aber an den Gläubiger hinausgegeben werden sollen; überall hier hat die Verschuldung gerade die Wirkung, daß dieses fremde Gut oder Geschäft zu Schaden kommt; und überall hier ist lediglich der Umstand, daß der Verpflichtete diesen Contract oder Quasicontract eingeht, Ursache, daß das fremde Geschäft oder Gut an ihn kommt, oder seine eigene Sache nicht mehr so ganz wie seine eigene bei ihm ist. Sollte nun nicht Jeder, der durch Contract oder Quasicontract in das besagte Verhältniß zu dem fremden Gute tritt, all das facere und non facere [*cf. l. 1 pr. D. tut. act. 27, 3. „— quae fecit tutor quum facere non deberet —, item .. quae non fecit —" l. 22. §. 3. D. ad SC. Treb. 36, 1. „— quum distrahere deberet —"*] aufbieten müßen, das wir Fleiß und Sorgfalt 2c. nennen? Und in der That wird dieses denn auch für die meisten Fälle gefordert [außer den in *l. 23. D. r. j.* aufgeführten s. noch *l. 30. §. 4. D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 59. l. 47. §. 4. §. 5. D. leg. I.; l. 108. §. 12. eod. „sicut in b. f. contractibus servatur"; l. 17. §. 2. D. praescr. v.*]. In einigen ist 1) allerdings von dem gemeinen Maßstab nachgelassen, und bloß die „diligentia quam suis rebus adhibere solet" begehrt [*l. 1. pr. D. tut. act. 27, 3.* s. jedoch *l. 33.* u. *l. 10. D. adm. tut. 26. 7.*, dazu aber Hasse, a. a. O. §. 71.; — *l. 25. §. 16. §. 18. D. fam. herc. 10, 2; l. 72. D. pro soc. 17, 2.; l. 17. pr. D. jure d. 23, 3. l. ult. in fin. C. pact. conv. tam. sup. dot. 5. 14.*]. Hierin liegt aber vielmehr eine Zuschärfung unseres Grundgedankens, und eine Probe für seine Richtigkeit, als eine Widerlegung. Bei Quasicontracten tritt der Verpflichtete nicht immer freiwillig in seine Verpflichtung ein [*l. 20. C. neg. gest. 2, 19. Tutori vel curatori . . necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit —*]; darum mildere Behandlung; darum aber auch wieder die gewöhnliche Strenge, wenn der Schuldige sich zugedrängt hat (l. 53. §. 3. D. furt. 47, 2.); —

dann steht manchmal, sowohl in Contracten wie Quasicontracten, nicht blos des Gläubigers, sondern zugleich das eigene Gut oder Geschäft in Frage; auch das mildert die Haftung [*l. 25. §. 16. cit. „— non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pf., quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi —*]. Man zählt aber 2) noch Fälle, in denen blos dolus und culpa lata prästirt werde, im Gegensatz nicht blos zu der Mehrzahl von Fällen, in denen „omnis culpa", sondern auch zu den wenigen Fällen, in denen blos diligentia quam suis zu prästiren sei (vgl. Hasse a. a. O. II, 1. vgl. mit I. II, 2. III.; daselbst Bethm. Hollweg S. 569. 570.; Unterholzner, Schuldverhh. I. §. 136. Puchta, Pand. §. 267. Arndts, Pand. §. 250.). Solche Fälle seien: das Depositum (l. 5. §. 2. D. commodati l. 1. §. 5. D. o. et a.), Precarium (l. 8. §. 3. D. prec. 43, 26.), Aufnahme eines Mensor (l. 1. §. 1. D. si mensor 11, 6.), je nach Lage der Sache das Universal- und Singularfideicommiß (l. 22. §. 3. D. ad SC. Treb. 36, 1. l. 108. §. 12. D. leg. I.) und gewisse Innominatcontracte (l. 10. §. 1. D. commodati l. 17. §. 2. D. praescr. v.). In der Erklärung dieses Vorkommens ist keine Uebereinstimmung, und kann keine sein, bevor man darüber eins wird, daß Haftung auch für levis culpa die Regel sei: was übrigens von Bethmann-Hollweg und Puchta gelehrt wird. Ueberall jedoch, und auch schon in den Quellen, spielt der Unterschied des commodum und bloßen incommodum auf Seite des Verpflichteten eine große Rolle (l. 5. §. 3. l. 10. l. 18. pr. D. commodati l. 17. §. 2. D. praescr. v. l. 108. §. 12. D. leg. I. l. 1. §. 8. D. dep.), ohne jedoch durchgreifenden Anhalt zu geben. Man vergleiche nur Depositum, Mandat und Precarium nebeneinander. Bis an die Wurzel scheint uns B. Hollweg gedrungen, indem er die Prästation von aller culpa lediglich aus dem Dasein eines Contractes folgert; weil er aber lediglich aus dem Dasein folgert, und im Allgemeinen auf den Inhalt nichts gibt, also namentlich darauf nicht zu sprechen kommt, daß Contract und Quasicontract dem Verpflichteten fremdes Gut 2c. in die Hände spielen, oder das eigene wie zum fremden machen, möchten seine Ausführungen bezüglich der stricti juris obligationes zu allgemein, bezüglich der b. f. obligationes in einem und dem

anderen Punkte schief ausgefallen sein. — Wir finden uns a) durch Stellen wie l. 32. D. dep. [„— *nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit* —“ und l. 22. §. 3. D. ad SC. Treb. [„— *si quum distrahere deberet non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia* —“] vor allem zu der Frage gedrungen, ob denn „fraus“ nicht ebensowohl wie culpa lata „dolo proxima“, — mithin die Vernachlässigung der diligentia quam suis nicht auch lata culpa, — und also nicht dennoch des Donellus Ansicht richtig sei, daß wer blos dolum und culpam latam prästire, um ebendeswillen wenigstens diligentiam quam suis prästire (Comment. lib. XVI. cap. 7. §. 5.)? Der Tutor, welcher nur diligentiam quam suis aufzubieten braucht, handelt contra bonam fidem (l. 5. §. 7, D. adm. tut. cf. l. 68. D. c. e.), und ist also wohl in fraude wenn er nicht einmal so viel thut; der Depositar, welcher culpam latam prästirt, handelt auch contra b. fidem, und ist ausdrücklich in fraude, wenn er nicht diligentiam quam suis aufbietet; sollte nun nicht wer diligentiam quam suis prästirt, zu bezeichnen sein als einer der latam culpam prästirt, und umgekehrt? Man wird mit Donellus sagen müssen: Lata culpa besteht möglicherweise in zwei Punkten (notae): in Unterlassung der diligentia quam suis, und in der bekannten gemeinen Fahrlässigkeit (S. 590. Nro. 2.). Hiernach fällt die angebliche Mittelclasse zwischen denen die culpam latam, und denen die omnem culpam prästiren, — nämlich die besondere Classe derer, die diligentiam quam suis prästiren — hinweg; sie prästiren nicht mehr und nicht minder als latam culpam, die gemeine und die s. g. culpa in concreto; und umgekehrt sind alle diejenigen, welche man blos lata culpa mit Ausschluß der diligentia quam suis prästiren läßt, auch diligentiam quam suis, d. i. die volle Prästation der lata culpa schuldig. So sagen wir einfacher: Regelmäßig wird omnis culpa, mitunter blos lata culpa prästirt; — die Fälle sub 1. (Tutel, Communio ꝛc.) und sub 2. (Depositum, Precarium ꝛc.) bilden keine verschiedene Classen der Prästationspflicht (hiegegen s. aber neuestens wieder Mommsen, F., Beitr. z. O. R. III. Zur Lehre v. d. Culpa,

S. 374.). — Warum nun aber b) in den Fällen sub 2. bloße Prästation der lata culpa? In dem Falle, si mensor falsum modum dixerit, fehlt es allerdings an einem rechten Contracte (Bethm. Hollweg, a. a. O. S. 555. Puchta, a. a. O. not. s.); dagegen im Falle des Precarium scheint uns das „simile donato" (l. 14. §. 11. D. furt.), das Wesen der Belehnung (S. 483.), kurz ein Umstand vorzuwiegen, wie wir einen sub 1. fanden: der Umstand, daß der Precarist halbwegs als Herr der Sache erscheint. Noch mehr ist dies in der Person des Fiduciars in Universal- und Singularfideicommissen der Fall; zwar haften wenigstens letztere, wenn auch ihnen das Fideicommiß zu gute kommt, für levis c.; allein daraus folgt noch nicht, daß sie im entgegengesetzten Falle gerade deswegen nur für lata culpa haften, weil sie keinen Vortheil haben. Beim Depositum aber hat B. Hollweg richtig in die Spuren des Donellus eingelenkt, wenn er aus der Intention des Geschäftes erklärt (S. 569.); was vom custodiendum dare des genannten, gilt vom inspiciendum dare des ungenannten Contractes; im Falle des eigenen Vortheils auf Seite des Verpflichteten auch hier die schärfere Haftung; — wie denn auch umgekehrt die schärfere Haftung wegen ausnahmsweiser Beiderseitigkeit des Vortheils gemildert wird (l. 5. §. 2. D. commodati). — Darüber ob levis culpa wirklich omnis culpa, — die gemeine diligentia wirklich die äußerste sei, die verlangt werde; oder umgekehrt ob diejenige diligentia, welche gemeinhin verlangt wird, die äußerste (an der Grenze der vis major) sei; oder ob nicht doch ein Gegensatz von levis und levissima culpa; von diligentia diligentis und diligentia diligentissimi (exactissima) zu Recht bestehen, zwar gemeinhin gemeine diligentia, mitunter aber ungemeine diligentia zu prästiren sei; darüber verursachen uns l. 3. §. 1. D. naut. (4, 9.) l. 18. pr. l. 5. §. 2. D. commodati l. 25. §. 7. D. loc. l. 47. §. 5. D. leg. I. l. 23. D. r. j. noch immer mehr Zweifel, als uns Löhr (Culpa §. 8. 1808.), Hasse (a. a. O. §. 41 fg.), Unterholzner (am a. O. §. 135.), Vangerow (§. 107.) u. A. Beruhigung verschaffen.

3) Eviction und Prästation derselben ist nicht blos bei Kauf und Verkauf (§. 113. b. a.), sondern auch in Folge von Tausch [*l. 1. §. 1. D. rer. perm. 19, 4. l. 1. C. eod. 4, 64. l. 29. C. evict. 8, 45,*], Theilung [*l. 66.*

§. 3. *D. evict.* 21, 2. *cf. l. 20.* §. *3. D. fam. herc.* 10, 2. *„quasi , . . permutationem fecerint*], Vergleich [*l. 33.* (*34.*) *C. transact.* 2, *4.*], in solutum datio [*l. 4. C. evict. l. 24. pr. D. pign. act.* 13, 7. — Wahl: *l. 8. C. sent. et interl. 7, 45. cf. l. 46. pr.* §. 1. *D. solut. 46, 3.*], dotis datio [*„si quidem res aestimata fuerit“ l.* 1. *C. jure dot. 5,* 12. *l.* 16. *D. j. d. 23, 3. cf. l. 69.* §. *7. eod.*] pignoris datio [*l. 9. pr. l. 32. l. 36.* §. 1. *D. pign. act.* 13, 7.], Vermiethung (*l. 9 pr. cf. l. 8. l. 33. D. loc.* 19, 2.) [vgl. überhaupt Glück, Comm. §. 1117.]. — Ueberall hier ist die Prästationspflicht mit dem Geschäfte, die Prästationsschuld mit der Eviction da, erstere stillschweigend, kraft des in diesen Geschäften stillschweigend enthaltenen Versprechens (vgl. S. 489.). Der Schenker wurde, so wenig wie wegen Mängeln der Sache [*„ne . . liberalitatis suae . . poenam patiatur* . .], wegen Eviction zu versprechen gezwungen (l. 62. D. aed. Ed. 21, 1.; Paul. R. S. V. 2. §. 5.), weshalb sich auch kein stillschweigendes Evictionsversprechen (S. 489.) und also keine Prästationspflicht desselben annehmen läßt (vgl. Thibaut, civ. Abh. IV. S. 48 fg. — dagegen Glück, §. 1120, woselbst die ganze große Controverse). Wie beim Kaufe muß auch in den anderen Fällen das pactum de non praestanda evictione (S. 487. Z. 19 v. u.), Arglist des Käufers oder die besondere Intention des Geschäftes die Prästationspflicht ausschließen können (a. a. O. Z. 13 v. oben). Ueberall ist nicht blos der Sachwerth, sondern das ganze Interesse zu prästiren (l. 60. D. evict.).

4) Auch die Prästation von Mängeln kommt nicht blos bei Kauf und Verkauf (S. 489 *β.*), sondern wohl in demselben Umfange wie die Prästation der Eviction vor. Nur das aedilicische Edict verlangt einen Kauf oder etwas Kauf-Aehnliches (l. 19. §. 5. D. aed. Ed. 21, 1. cf. l. 4. C. evict.) und erstreckt sich also nicht auch auf locatio conductio (l. 63. D. aed. Ed.); im gemeinen Mieth- und Pachtrecht ist sie nicht minder, als im gemeinen Kaufsrecht gegründet (l. 19. §. 1. l. 15. §. 1. D. loc. cond. l. 13. §. 6. D. damn. inf. 39, 2.). — Auch diese Prästationspflicht wird in den angedeuteten Geschäften für alle nicht angesagten, oder nicht für angesagt zu erachtenden Mängel selbst für die nichtgewußten stillschweigend übernommen, deswegen

weil überall hier der Geber wissen soll, was er gibt, und selbst die Nichtansagung nicht gewußter Mängel Schuld ist (vgl. S. 490· unten, u. fg.; l. 19. §. 1. D. loc. cond.). Schuld also dünkt uns der Grund dieser Prästationspflicht. — Dem Schenker wird jene Vor- und Umsicht nicht zugemuthet; selbst absichtliche Verschweigung des Mangels obligirt ihn nicht wegen Mangels; ein anderes ist der Schade, in den der Beschenkte durch den Mangel, zuletzt also durch den dolus des Schenkers gekommen ist: itaque si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere, quae in rebus venalibus Aediles repromitti jubent; sane de dolo donator obligare se et debet et solet, ne, quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet (l. 62. D. aed. Ed.). auch ohne Versprechen würde de dolo gegen ihn geklagt werden können (arg. l. 1. C. de jure dot. 5, 12. und vgl. oben Nr. 3; l. 1. C. jure dot. cit.). Die Prästation des Mangels ist eine Prästation vor allem und nothwendig des Werthes, welcher der Sache mangelshalber abgeht; diese Prästation liegt dem Schenker nicht ob, selbst wenn er de dolo repromittirte; anders wenn er „sanum esse etc." verspräche; — sie liegt demjenigen ob, der die Mängel der Sache kennen und ansagen muß; zunächst nur sie; nach ädilicischem Rechte nie mehr als sie; nach Civilrecht zudem die Prästation des dolus, — mit a. W. die Prästation des durch den Mangel gestifteten Schadens, wenn der Mangel gekannt und verschwiegen worden (vgl. S. 492.; überhaupt und im Uebrigen §. 113 b. β.).

5) Der Umstand, daß nicht rechtzeitig geleistet wird, oder das desfallsige Interesse, kommt überall nur zufolge Verschuldung, oder aber besonderen Versprechens, zur Prästation. Einige Fälle der s. g. gesetzlichen Zinspflicht, welche wir (trotz l. 3. C. in quib. caus. i. i. r. 2, 41. und l. 26. §. 1. D. fideic. 40, 5.) aus keiner Verschuldung herzuleiten brauchen (l. 87. §. 1. D. leg. II. l. 5. C. a. e. 4, 49. vgl. Arndts, P. §. 251. Anm. 5.), dürfen nicht mit denen der verspäteten Zahlung verwechselt werden; die gesetzlichen Zinse sollen gleich den bedungenen die Nutzung vergelten, nicht wegen Nichtnutzung entschädigen. Ist eine Leistung auf einen bestimmten Tag versprochen und nicht eingetroffen, so handelt es sich um Prästation, nicht der nicht rechtzeitigen, sondern der Nicht-Leistung (vgl. Mommsen, Un-

mögl. d. Leistg. S. 218.). Soll „bis zu einem gewissen Tage geleistet werden", so ist zwar nicht rechtzeitig geleistet, woferne die Leistung nicht noch innerhalb dieser Frist erfolgt; allein innerhalb derselben Frist ist keine Anforderung, also regelmäßig keine mora möglich (S. 551 in med.); die Verschuldung, auf welcher die Prästation der nicht rechtzeitigen Leistung beruht, muß aber die Merkmale der Mora an sich tragen (§. 128.); ein Versprechen des fraglichen Interesse könnte die Mora ersetzen (z. B. l. 72. §. 1 .l. 99 §. 1 D. v. o. 45, 1.). — Das Interesse liegt hier vor allem in dem Entgang des Nutzens, den man bei rechtzeitiger Leistung gehabt hatte (vgl. S. 549. Z. 8 v. u.), denkbarerweise auch in dem Schaden, den man wegen der Verspätung hat; so darin, daß man die Sache, die jetzt zu Grunde gegangen ist, verkauft hätte (S. 549 Z. 13.), oder daß sie an dem Ort oder unter den Umständen, in die sie durch rechtzeitige Leistung kommen mußte, nicht untergegangen wäre (Mommsen, a. a. O. S. 236.). So wird die vermeintliche Prästation des casus zufolge Mora zur Prästation des Interesses wegen nichtrechtzeitiger Erfüllung, überhaupt zur Prästation einer Verschuldung (vgl. oben S. 590 Z. 1.).

6) Nicht am rechten Orte geleistet, ist möglicherweise gar nicht geleistet [z. B. die *stipulatio fossam fodiri etc. l. 72 pr. D. v. o. 45, 1.*]; nicht am rechten Orte geleistet, ist möglicherweise geleistet, vielleicht aber für den Gläubiger nicht so viel werth als wenn am rechten Ort geleistet wäre (l. 3. D. de eo quod certo loco dari oportet 13, 4.). Dieses Interesse (Ortsinteresse) kann Gläubiger mitfordern, wenn er genöthigt ist, die Leistung an anderem Orte einzuklagen, als wo sie zu geschehen hatte. Daß an anderem Orte zu leisten, an anderem zu klagen ist, setzt eine contract- oder quasicontractmäßige (mitunter präsumtive: l. 47. pr. D. leg. I. l. 38. D. judiciis 5, 1.) Bestimmung (vgl. l. 1.; l. 5. D. de eo quod certo loco dari oportet 13, 4.), oder eine in der schuldigen Leistung selbst gelegene Bestimmtheit des Leistungsortes (z. B. l. 72. §. ult. D. v. o. l. 6. §. 2. D. a. e. e. v.) voraus; außerdem genügt es, daß geleistet werde. Daraus folgt denn aber, daß der Prästationsgrund hier im Contracte oder Quasicontracte seinen Grund habe.

In demselben Falle, da der rechte Leistungsort und der Klagsort auseinandergehen, kann auch umgekehrt der Beklagte im Nachtheil sein: auch für ihn ist gesorgt (l. 2. eo q. cert. l.); für ihn auch dann, wenn der Ort der Klage der rechte Ort, der Gegenstand der Leistung aber ohne sein Verschulden sich anderwärts befindet (l. 11. §. 1. D. ad exh. 10, 4. l. 12. §. 1. D. dep. l. 47. pr. leg. I.). Die arbitraria actio de eo quod certo loco dari oportet, macht heutzutage überall der einschlägigen Contracts- oder Quasicontractsklage Platz (vgl. Arndts Pand. §. 221. Anm. 1.).

§. 138.

Das **Prästationsmittel** ist meistens Geld [*cf. l. 9. §. 2. D. statul. 40, 7: — quae pecunia lui praestarique possunt* —]. Irgend ein Zusammenhang unseres praestare oportere mit der condemnatio pecuniaria des classischen Prozesses (Gaj. IV. 48.) liegt darum nahe. Bestund die Schuld in einem certam pecuniam dare oportere, so war eine Verwandlung in ein praestare oportere nicht möglich und zur condemnatio nicht nöthig; überall sonst ist eine condemnatio pecuniaria ohne praestare oportere nicht denkbar. Zu einer Condictio (**Schuld**klage, vgl. S. 382 unten fg.) scheint aber ursprünglich durchweg ein certam pecuniam dare oportere gehört zu haben (cf. Gaj. IV. 19. Keller, r. Civpr. §. 18.): sei es, daß man das in allen anderen Fällen zur condemnatio nöthige praestare oportere im jus strictum nicht anerkannte, sei es, daß man die zur Feststellung der Prästationspflicht nöthige Schätzung in str. j. judicio nicht zuließ. Wollte man Verpflichtungen zu anderen Dingen condicirbar machen, so mußte man ihre Nichterfüllung zur Bedingung einer fixen Geldschuld machen [vgl. z. B. *„si Pamphilum non dederis, centum dari spondes"* — verschieden von der Pönalstipulation: *P^m dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? l. 115. §. 2. cf. l. 38. §. 17. l. 113. pr. l. 115. pr. D. v. o.*], die Prästationspflicht also zur alleinigen obligatio, durch Stipulation, erheben. Allmälig wurde sogar ein quidquid dare facere oportet zugelassen, die Prästationspflicht also auch in str. j. judiciis, ohne vorherige

Stipulirung, als etwas sich von selbst verständliches, anerkannt, festgestellt, und in die Condemnation deducirt. In b. f. judiciis wird dies von jeher der Fall gewesen sein, so daß von daher der Ausdruck „praestare oportere“ für b. f. obligationes in besonders häufigem Gebrauch sein dürfte (Marezoll a. a. O. S. 286 fg.). — — Mitunter hat der Verpflichtete statt der zu leistenden, aber abhandenen gekommenen Sache nicht Geld, sondern blos die von ihm erworbene, auf Wiedererlangung, Schadensersatz (oder poena) gerichtete actio zu prästiren [*„actiones praestare“; — l. 88. §. 8. D. leg. II. l. 39. §. 3. D. leg. I. l. 15. pr. ad leg. Aq. 9, 2. l. 31. pr. D. a. e. e. v. l. 14. pr. D. furt.* S. 565. Z. 3 v. u.], — eine Prästation (Cession) von Klagen, die man mit der aus Gegenansprüchen, und unter omnis causa (S. 566 oben), nicht verwechseln darf. Sie setzt voraus, daß der Verpflichtete an dem Verlust nicht selbst schuldig sei, oder doch keine Schuld verwirkt habe, für die er aufkommen müßte [*l.* 21. *in fin. D. her. v. act. vend.* 18, 4. — *si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit non rem* —]. So wird man nicht sagen können, daß er „anstatt Geld“ blos Actionen, sondern daß er anstatt nichts doch wenigstens was ihm verblieben zu prästiren habe (vgl. S. 406 oben). Ist ihm eine bloße Hoffnung (auf Wiedererlangung der Sache) geblieben, so muß er unter Umständen Caution prästiren (arg. l. 21. D. r. v.).

Die Größe der Prästationssumme richtet sich nach dem Prästationsobject. Der Sachwerth kann nach Zeit und Ort verschieden sein. Was den Ort anlangt, so richtet sich die Schätzung, wenn kein anderer bestimmt ist, nach dem Ort der Klage; sonst nach dem bestimmten (l. 22. D. r. cr. in fin.). Was die Zeit anlangt, so sind für den Fall der Mora, und für den wo an einem bestimmten Tage geleistet werden mußte, besondere Bestimmungen getroffen [S. 549. Z. 6 v. u.; *l. 4. D. de eo quod certo loco. l. 22. D. r. cr.* vgl. *l. 59. l. 60. D. v. o.*]; sonst entscheidet (heutigen Tages) überall die Zeit der Schätzung (l. 3. §. 2. D. commodati 13, 6. vgl. l. 22. cit. Mommsen, z. Lehre v. d. Interesse S. 218.). — Bloßen Affectionen des Berechtigten ist bei der Schätzung nicht Raum zu geben [*l. 33. pr. D. ad leg. Aq. — non affectiones aestimandas esse*

puto — und dazu Mommsen, a. a. O. S. 214 unten fg.; *l. 6.* §. 2. *D. operis serv. 7, 7. l. 3. D. si quadr. paup. 9,* 1. *cf. l. 7. D. praescr. v.* 19, 5. S. 411. Z. 10.] — auch ein Grund, der Obligationen auf bloßen Affectionswerth nicht aufkommen ließ [*l. 9.* §. *2. D. statul. 40, 7: — ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. cf. l. 103 D. v. o.* — zu *l. 54. pr. D. mand.* 17, 1. *l. 6. l. 7. D. serv. export.* 18, 7. s. Arndts P. §. 202. Anm. 3.]. — Erhoben wird die fragliche Größe vermittelst Beweises, der in diesem Betreff nicht minder als in dem des Rechtes selbst dem Kläger obliegt; allein im Falle der Beklagte ihn erwiesenermassen durch dolus in die Lage versetzt hat, anstatt der Sache, deren Werth und Interesse fordern zu müssen, durch eigenen Eid des Klägers erbracht wird [*jusj. in litem: D.* 12, 3. *C. 5, 53.* Schröter, über das *jusj. in litem,* Z. f. Civilr. u. P. VII. Nr. 11. Bayer, Civilpr. 8. Aufl. S. 915. Sav. S. V. §. 221. Mommsen, Interesse, SS. 259—265]. Gegen die aus l. 4. §. 2. D. h. t. geschöpfte Vorstellung, als ob hier mehr als sonst ästimirt werden dürfe, s. Rußbaumer, Dr. Gottfr., über das Maß des Schadensersatzes Zürich, 1855. bes. §. 7. Derselbe Schriftsteller lehnt sich in umgekehrter Richtung gegen die Einschränkung der gewöhnlichen Aestimationssumme in l. unic. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur 7, 47. Justinian. mit Recht auf. — Von selbst versteht sich, daß man die dereinstige Aestimation zum voraus vertragsmäßig feststellen kann [bedenke die *contractus aestimatorii* überhaupt — S. 589. §. 137. 1. — und vgl. z. B. *l. 69.* §. *7. D. j. d. 23, 3. l.* 21. *C. eod. 5,* 12.].

4. Theilbarkeit, Ungetheiltheit.

§. 139.

Eine bereits vorhandene Forderung ist derart theilbar, daß aus der Einen Forderung mehrere (Partial-) Forderungen werden. Eine solche Theilung erfolgt (divisio nominum) schon nach den XII Tafeln möglicherweise durch den Erbgang (l. 1. l. 2. C. si unus ex plurib. 8, 32. l. 25. §. 9. §. 1. l. 2. §. 5. l. 4. pr. D. fam. herc. 10, 2. l. 6. C. eod. 3, 36.). Man scheint dieselbe

aber auch in der executio obligationis für möglich halten, und also in theilweiser Einklagung oder Zahlung einer Forderung erblicken zu wollen (s. z. B. Savigny, O. R. I. §. 31. I.); und auf den ersten Blick reden dafür auch die Quellen [*l. 85. pr. D. v. o. . . pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest* — während anderwärts auch *„divisim praestari potest"; cf.* §. *4. eod.*]; allein bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß hier unter partieller Zahlung und Einklagung die Zahlung und Einklagung der durch den Erbgang geschaffenen Partialobligationen gemeint ist. Die executio ist bald ganz, bald blos als petitio oder solutio nur in solidum möglich (l. 85. pr. — §. 6. eod.); soweit nur in solidum, soweit wird die Forderung im Erbgang nicht getheilt; denn ohne Theilung der executio wäre die im Erbgang ein leeres Wort. Ist aber theilweise executio möglich, so liegt in dieser theilweisen Zahlung oder Einklagung an und für sich noch keine nominum divisio in der eingangs besagten Art: es werden in derselben vielmehr Theile der vorhandenen Obligatio zerstört, als Eine in Mehrere zerlegt. Was v o r h a n d e n e Obligationen anlangt, so erfolgt eine Theilung derselben nur im Erbgang.

Von der executio obligationis aus angesehen gibt es, was Theilbarkeit und Untheilbarkeit einer Forderung, namentlich im Erbgang, anlangt, folgende 4 Unterschiede (quatuor causae obligationis): nicht nur der Schuldseite, wovon l. 85. cit. spricht, sondern auch der Forderungsseite, woran sie zugleich denkt: 1) „interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus" — volle Theilbarkeit —; Schuldseite, z. B. l. 85. §. 1. eod. Forderungsseite: z. B. l. 1. l. 2. C. si unus ex plur. 8, 32. 2) „quod totum peti necesse est, nec divisim praestari potest"; Schuldseite, z. B. l. 85. §. 2. §. 3. cit. Forderungsseite, z. B. l. 2. §. 2. D. v. o. „— Ex quo quidem accidere . . . ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem —" cf. l. 2. §. 1. eod.: „— partium praestationem . . . quaedam non recipiunt . . . velut quum viam, iter actum stipulamur. . . . 3) „quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest"; Schuldseite: die mehreren Erben können nur pro parte belangt werden, müssen aber ein Ganzes geben; zwei Fälle: l. 85. §. 4. cit. l. 2. §. 1. eod. Wie wenn Einer von ihnen allein belangt,

oder Einem von ihnen allein acceptilirt (quittirt) würde? l. 2. §. 3. eod. Forderungsseite: die mehreren Erben müssen pro parte klagen; brauchen sich aber nur Ein Ganzes geben zu lassen: dieselben Fälle: arg. l. 28. §. 14. D. cond. ind. 12, 6; vgl. Sav. a. a. O. S. 346, 1. 4) „quod solidum petendum est, licet in solutione admittat sectionem", d. h. wenn irgend ein Nichtgeben oder Nichtthun die Bedingung einer Geldschuld ist, tritt diese ein, wofern nicht Alles gethan, oder das Ganze gegeben ist; sie tritt gegen Jeden der mehreren Erben, oder für Jeden ein, gleichviel ob er zum Theil geleistet, empfangen hat, oder ob nicht: insofern kann von Jedem, activ oder passiv, Alles, das Ganze verlangt werden. Allein die Geldschuld tritt gegen und für Jeden doch nur pro parte ein. Die Untheilbarkeit der petitio liegt hier nicht in einer Untheilbarkeit der Schuld, sondern in der ihrer Bedingungen; unter petitio ist nicht an die Einklagung der verwirkten Schuld, sondern nur an die außergerichtliche petitio alles dessen zu denken, was zu geschehen habe, damit die Schuld nicht verwirke. Schuldseite: l. 85. §. 5. §. 6. cit. l. 139. D. v. o. l. 62. §. 1. l. 51. §. 4. D. evict. 21, 2. Ribbentrop, C. O. §. 23. (cf. l. 85. §. 7. cit. — wo nicht zusammenhangslos von conditio die Rede ist); Forderungsseite: arg. l. 2. §. 6. l. 3. l. 4. D. v. o. Von dem Fall, wo ein Nichtgeben ꝛc. blos die Bedingung einer Schuld ist, müssen Stipulationen, wo das Geben, Thun, Nichtthun selbst stipulirt wird, und das Nichtgeben nur Bedingung der Prästationsschuld (§. 135.), nicht überhaupt einer Obligation ist (l. 2. §. 5 — l. 4. pr. eod. l. 25. §. 9 — §. 12. D. fam. herc. 10, 2.), — ferner Fälle, wo das Geben ꝛc. wiederum selbst stipulirt, die Nichterfüllung dieser Obligation zur Bedingung einer weiteren Geldschuld erhoben wird — wie namentlich im Fall der Poenalstipulation — (l. 25. §. 13. D. eod. l. 4. §. 1. §. 2. l. 2. §. 6. l. 3. D. v. o.) — wohl unterschieden werden. Wenn es hier zu einer Untheilbarkeit kommt, so liegt der Grund nicht mehr in dem Verhältniß der Bedingung zu dem Bedingten, — wenn zu einer Ungetheiltheit, in etwas neuem, weiter unten (§. 140.) zu besprechendem.

Der Grund der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit einer Obligatio liegt in der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit des schul-

digen Gegenstandes. Dies gilt ohne weiteres für die Fälle der ersten und zweiten der obigen vier Klassen [*l. 85. §. 2. cit. — quia operis effectus in partes scindi non potest — §. 3. „— non tamen in partem prohibeor —“ cf. l. 72. pr. l. 2. pr. §. 1. D. v. o. l. 4. §. 1. eod. — si id factum, de quo cautum est, individuum sit —*]. Bezüglich der dritten Klasse kann man schwanken, ob er im Gegenstande, oder in der Art und Weise seiner Bestimmung liege; dafür ist aber die Untheilbarkeit auch nur eine halbe. In der vierten Klasse liegt er vollends in der Untheilbarkeit der Bedingung: des Ob oder des Ob nicht; allein hier kann nicht mehr von der Untheilbarkeit der Obligatio, sondern nur von der ihrer Verwirkung die Rede sein. — Der schuldige Gegenstand ist aber theilbar oder untheilbar, je nachdem er ein dare, facere oder praestare ist. Das dare — obwohl auch ein „thun“ — ist gemeiniglich theilbar: deswegen, weil in ihm die Sache, welche gegeben wird, vorschlägt (vgl. Ribbentrop, Corr.-Obl. S. 215. Anm. 27.). Es ist aber die res corporalis (Eigenthum) durchweg, die res incorporalis nicht durchweg theilbar (§. 76.); hiernach denn auch die obligationes dandi nicht durchweg theilbar (l. 2. §. 1. l. 72. pr. D. v. o.). Größere Schwierigkeiten macht das facere, welches nach l. 72. pr. D. v. o. allgemein, selbst als tradere [wogegen Sav. a. a. O. *cf. l. 75. §. 7. eod.*], untheilbar wäre, während nach l. 4. §. 1. eod. ein factum bald individuum, bald dividuum, und letzteres namentlich in prätorischen Stipulationen (l. 4. §. 1. cit. l. 2. §. 2. D. praet. stip. 46, 5. l. 32. §. 2. D. ad leg. Falc. Ribbentr. a. a. O.) der Fall zu sein scheint. In der Gestalt von operae, wenn ihrer mehrere schuldig sind, ist es der Zahl nach theilbar (l. 54. §. 1. D. v. o. l. 15. §. 1. D. op. lib. 38, 1.); in dem legatum liberationis (Sav. a. a. O. S. 335. *B.*) möchten wir mehr eine Gabe als ein Thun als vermacht denken (cf. l. 16. D. lib. leg. 34, 3.). Das praestare, als Geldleistung, ist theilbar. Weil nun in jeder Obligation ein eventuelles praestare oportere enthalten ist, so muß, nach Maßgabe des Gegenstandes, jede Obligation wenigstens in Ansehung der eventuellen Prästationspflicht theilbar sein [*l. 72. pr. D. v. o. — ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam*

in hoc genere dividi stipulationem — *cf. l.* 25. §. 10. *in fin. D. fam. herc. l.* 22. *in fin. D. dep.* 16, 3. *l.* 49. §. 4. *D. leg. II. l.* 139. *D. v. o.* Dagegen Savigny, a. a. O. §. 34.; hinwider aber Ribbentrop a. a. O. §. 21 — §. 24. *Scheurl, commentatio ad ll.* 2. 3. 4. *l.* 72 *et* 85. *D. de v. o. Diss. inaug.* 1835. Vangerow §. 567. Anm. 2. I. 2., u. m. krit. Bl. Nr. 4. S. 45 — 52.], in der zweiten von unseren obigen 4 Klassen nur an Untheilbarkeit des im Vordergrunde gelegenen dare facere oportere gedacht werden, und endlich, wenn in irgend einem Falle selbst die Prästationsschuld als ungetheilt erscheint, nicht mehr von Untheilbarkeit, sondern von Ungetheiltheit der Schuld die Rede sein (m. kr. Bl. S. 53. S. 55.). — —

Eine bereits vorhandene Forderung ist lediglich durch Erbgang theilbar. Denkt man dagegen die Forderung als etwas, das erst werden soll, so läßt sich auch von einer Theilung der Forderung sofort bei deren Begründung reden (Sav. a. a. O. S. 323. II.). Sind nämlich bei der Begründung einer Obligatio auf activer oder passiver Seite Mehrere betheiliget, so können die Mehreren pro parte entweder Gläubiger oder Schuldner werden (l. 11. §. 1. §. 2. D. duob. reis. 45, 2. l. 1. l. 2. C. si plures una sent. cond. 7, 55.); zwar sind die daraus entspringenden Partialobligationen so wenig wie beim Erbgang Theile Einer Obligatio, sondern gleich den partes des e regionibus getheilten fundus, oder der aus Einer Quelle gleichzeitig und in Einer Richtung bestellten partes servitutium, selbständige Einheiten (S. 283 unten); im Gedanken daran, daß Eine causa obligationis, und Ein Gegenstand vorliegt, den die Mehreren fortan theilweise zu leisten oder zu fordern haben, läßt sich auch hier von Theilen reden. — Von dieser Theilbarkeit der erst werdenden obligatio ist in l. 85. cit. nicht die Rede. Indessen sind ohne Zweifel dieselben vier Lagen der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auch hier möglich, weil auch hier ihre Gründe (vgl. l. 19. D. s. p. r. 8, 3. l. 1. §. 43. §. 44. D. dep. l. 5. §. 15. D. commodati. Ueber das seltenere Vorkommen dieser Fälle in den Quellen vgl. Sav. a. a. O. S. 352.).

§. 140.

Die Untheilbarkeit („divisionem non recipere“) schließt immer auch schon eine Ungetheiltheit („in solidum teneri“ „in totum praestare“ — l. 85. §. 2. D. v. o. l. 5. §. 15. D. commodati 13, 6.) — für den Fall, daß es zur Theilung kommen sollte — in sich; aber wie wir meinten, nirgends eine vollkommene, die eventuelle Prästationsschuld mitumfassende Ungetheiltheit. Nun gibt es aber noch eine „Solidarität“ (wie wir fortan die Ungetheiltheit nennen wollen), welche sich trotz aller Theilbarkeit der Obligatio behauptet, und also denn namentlich das praestare oportere mitumfaßt. Von dieser, man kann sagen, freien und vollkommenen Solidarität sei nunmehr vorzugsweise die Rede. — Dieselbe kommt aber

I. in verschiedenen Gestalten vor: 1) als bloße Solidarität, und zwar a) als Alleinhaftung (solum teneri) eines Einzigen auf ein Ganzes (in solidum), in Einem Contract oder Quasicontract, wo Mehrere verpflichtet sind (l. 31. §. 9. D. aed. Ed. 21, 1. l. 9. l. 10. l. 1. §. 43. D. dep. 16, 3.); — b) so daß Mehrere, nämlich Jeder in solidum, haften, entweder blos auf ein gleiches, oder auf dasselbe Ganze. Natürlicherweise sind, wie mehrere Schuldner, auch mehrere Obligationen da. Allein zwischen denjenigen, welche auf dasselbe Ganze gehen, waltet nothwendig eine gewisse Gemeinschaft: ist es einmal gezahlt, so sind Alle frei [*l. 5. §. ult. D. commodati „— si alter conventus praestiterit, liberabit alterum —“ l. 52. §. 3. D. fidej. 46, 1. „— omnes liberantur pecunia soluta“ cf.* Ribb. a. a. O. S. 92—94.]. Eine derartige Solidarität mehrerer Obligationen kommt auch auf activer Seite vor; einmal so, daß die mehreren Gläubiger blos gleiche Ganze (cf. l. 1. §. ult. l. 18. §. 2. D. inj. 47, 10.; l. unic. §. 11. C. caduc. toll. 6, 51.), — dann so, daß sie dasselbe Ganze zu fordern haben [*l. 2. §. 2. D. v. o. — Ex quo quidem accidere etc.*]; indessen scheint hier die Solidarität blos auf Untheilbarkeit zu beruhen, und also keine vollkommene, die Prästationsschuld mitumfassende, zu sein [*l. 25. §. 9. in fin. D. fam. herc. 10, 2. cf. l. 4. §. 1. D. v. o. — poenam committi pro proportione —*]. Endlich kommt aber auch die Solidarität

c) als Alleinforderung (auf das Ganze) vor (l. 2. §. 6. D. v. o.). — Sofort tritt aber die Solidarität 2) als una eademque obligatio bei mehreren in solidum, auf dasselbe Ganze, Berechtigten oder Verpflichteten, Gläubigern oder Schuldnern auf, — die Solidarität als Correalität [*l. 3. §. 1. D. duob. reis 45, 2. „— potest vel ab uno eorum solidum peti . . . quum una sit obligatio —“ l. 116. D. v. o. „— duo rei . . . ejusdem obligationis —“ l. 16. D. accept. 46, 4. „Si ex pluribus obligatis . . . ejusdem obligationis —“ l. 1. §. 8. D. o. et a. 44, 7. l. 2. D. h. t. 45, 2: „— eandem pecuniam —“ arg. pr. J. duob. reis 3, 16: „— alia atque alia obligatio erit —“* Ribbentrop, a. a. O. §. 4. Sav. a. a. O. §. 16.].

II. Die Gelegenheit zu vollkommener Solidarität ergibt sich, im Gegensatze zu der unvollkommenen wegen Untheilbarkeit, vorzugsweise bei Begründung von Obligationen, und zwar, wie sich weiter unten von selbst erweisen wird, bei allen causae obligationum, Contracten, Quasicontracten, und Delicten, entweder sofort beim Abschluß des Contractes, oder Begehung des Delictes, oder erst in weiterer Entwicklung von Contracten und Quasicontracten zu Schulden und Verschuldung. Daß auch die Succession mehrerer Erben in Eine Obligatio zu vollkommener Solidarität führe, ist höchstens für Einen Fall anzunehmen (l. 25. §. 10. D. fam. herc. l. 2. §. 2. D. v. o. — Et ideo etc.). Was aber

III. die Gründe der vollkommenen Solidarität anlangt, so muß unterschieden werden 1) zwischen den Ursachen, welche dieselbe im einzelnen Falle in's Leben rufen, einerseits, und den Gründen, welche das Recht zur Aufstellung derselben überhaupt bewogen haben; 2) zwischen der bloßen Solidarität, und der Correalität. Als Ursachen ihres tagtäglichen Vorkommens wirken aber für die bloße Solidarität hauptsächlich Delict, und Verschuldung in Contracten und Quasicontracten; für Correalität hauptsächlich der Wille der Contrahenten, Disponenten. Zur Aufstellung der bloßen Solidarität sah sich das Recht durch die Natur der Verschuldung, zu der der Correalität vornehmlich durch das Wesen der Vertretung bewogen. Von letzterer wird Nr. 5. (§. 142 — §. 145.) des weiteren handeln; von ersterer §. 141.

§. 141.

Vor allem kommt es trotz Einer causa obligationis, und des gleichen oder desselben Gegenstandes der obligatio, dann zu einer Ungetheiltheit der Schuld, und mehreren Obligationen, wenn Mehrere zusammen Ein Delict begehen. Das was man durch ein Delict verschuldet, Strafe oder Schadensersatz (damni praestatio), sollen die mehreren Delinquenten jeder ganz verschulden [Verschuldung von Strafe: *l. 11.* §. 2. *D. ad leg. Aq. 9, 2. l. 55.* §. *1. D. adm. tut. 26. 7. l. 21.* §. *9. D. furt. 47, 2. l. 1.* §. *ult. D. si is qui test. lib. surrip. 47, 4. l. 1. C. cond. furt. 4, 8;* — von Schadensersatz: *l. 1.* §. *10.* — *l. 4. D. his qui eff. 9, 3. l. 14.* §. *ult. l. 15. D. quod met.* 4, 2. *l. 17. pr. D. dol. 4, 3. l. 3. pr. D. si mensor 11, 6. l. 1.* §. *13. D. de vi 43, 16. l. 1. C. cond. furt. 4, 8.*]. Nicht als ob das so nothwendig wäre, sondern weil es das Recht so für gut findet. Schulden mehrere Delinquenten aus Einem Delicte jeder die ganze Strafe, so sind sie sämtlich das Gleiche schuldig — jeder die gleiche Summe; schulden sie dergestalt den Schadensersatz, so schulden sie Dasselbe: den Ersatz des Einen Schadens. Darin liegt der Grund zur Unterscheidung der zwei Hauptclassen blos solidarischer Obligationen. Bei blos gleichem Gegenstande ist das fernere Schicksal der mehreren Obligationen, namentlich petitio und solutio, völlig getrennt und unabhängig von einander; bei demselben Gegenstande besteht eine gewisse Gemeinschaftlichkeit der mehreren Obligationen fort: weil der Eine Schade nur einmal ersetzt werden kann, muß die Zahlung (und aber auch sonstige „Erfüllung" — vgl. Ribbentrop a. a. O. S. 271. Sav. S. 202 unt.) Einer Ersatzschuld alle anderen aufheben. Wir unterscheiden demnach solidarische Straf-, und solidarische Schadensersatzschulden.

Die solidarischen Schadensersatzschulden kommen nicht blos in Delicten, sondern auch in Contracten und Quasicontracten, niemals vornherein, sondern erst in Folge einer Verschuldung, meist einer Schadensstiftung vor [*l. 1.* §. *43. l.* 22. *D. dep.* — *in solidum quemque dolo fecisse* — zu „*condemnandum ... pro qua parte heres extitit*" bedenke das vorhergehende „*et uterque solvendo est*" *cf. l. 1.* §. *43. cit. l. 5.* §. *15. D. com-*

modati l. 60. §. 2. *D. mand. 17, 1. l. 38. pr.* — §. 2. „— *quum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit. l. 55. pr. D. adm. tut. 26, 7.*]. Das beneficium divisionis, von welchem hier, nicht blos zwischen mehreren Tutoren (s. darüber noch insbesondere l. 11. pr. D. ad munic. 50, 1. l. 1. §. 11. §. 12. D. tut. et rat. distr. 27, 3. l. 1. C. div. tut. 5, 52.) die Rede ist, hebt die Solidarität der Haftung nicht auf; noch weniger das ohnehin beschränkte Recht auf Cession der Klagen [*l. 38.* §. 2. *D. adm. tut.* „*quum propria cujusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari? l. 1.* §. *14. D. tut. et rat.* „— *ex dolo communi conventus* ... *quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus; nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est.* Sonst greift es platz: *l.* 1. §. *13. eod. l. 6. in f. C. arbitr. tut. 5, 51. l. 2. C. div. tut. 5, 52.* und oben S. 566. Z. 14 — 17.]; noch endlich das s. g. beneficium excussionis zwischen mehreren gerirenden Vormündern [*l. 55.* §. 2. *cf. l. 55. pr.* §. *3. l. 39.* §. 11. *D. adm. tut.; — l. 3.* §. *2; — l. 46.* §. *6. eod.; l.* 1. §. 15. *D. tut. et rat. cf. l. 2. C. div. tut. 5, 52.*]. Der Schadensstiftung ähnlich ist und wirkt die Verursachung von Auslagen (l. 52. §. 3. D. fidej. 46, 1.). Voraussetzung der Solidarität überall hier ist es, daß Mehrere durch denselben Contract oder Quasicontract verpflichtet sind; daß die Mehreren oder Mehrere den Schaden auch verschulden, ist freilich nothwendig, um uns die Ungetheiltheit in mehreren Obligationen zu zeigen; allein der Fall, wo von mehreren Verpflichteten blos Einer verschuldet, zeigt uns doch eine Solidarität: die daß er, obwohl Mehrere verpflichtet sind, dennoch keinen bloßen Theil verschuldet; und überdieß eine Solidarität von neuer Art: die daß er, obwohl Mehrere verpflichtet sind, gleichwohl allein schuldet [*l. 9. l.* 10. *D. dep.* S. 605. I. a.].

5. Vertretung.

§. 142.

Eine Vertretung in Obligationen ist uns bereits unter dem Namen praestatio vorgekommen (§§. 135 — 138). Allein

während es sich dort um die Vertretung des Schuldinhaltes durch den Schuldner handelt, denken wir jetzt an eine Vertretung des Gläubigers oder Schuldners durch irgend einen Dritten. Diese kann entweder in der Begründung der Obligatio platzgreifen, und pflegt dann Stellvertretung genannt zu werden; von ihr wird erst im 4. Buche zu handeln sein; — oder aber in „executione obligationis“: auf Seite des Gläubigers in der gerichtlichen oder außergerichtlichen Beitreibung; auf Seite des Schuldners in Zahlung oder Vertheidigung. Die Vertretung der letzteren Art, die man theilweise wiederum Stellvertretung zu nennen pflegt, hat zweierlei Gattungen von Gründen: freien Willen (die voluntas des negotiorum gestor, defensor), Vollmacht (der Mandatare und Procuratoren), und Amt (der Vormünder, Actores) stellen wir zu der einen, obligatorische Berechtigung oder Verpflichtung zu der anderen. Aber auch die Lehre von der auf bloßem Willen, Mandat, Amt beruhenden Vertretung müssen wir theils der Darstellung von den Rechtsgeschäften, der Vormundschaft, und den s. g. juristischen Personen überlassen; theils ist sie schon gelegentlich der neg. gestorum actio (§. 107. §. 108. §. 110.) berührt worden; die Lehre von der auf obligatorischer Berechtigung und Verpflichtung beruhenden Vertretung dagegen ist unsere nunmehrige Aufgabe: schon um ihres obligatorischen Grundes willen.

Näher betrachtet zerfällt der obligatorische Grund der Vertretung wieder in die allgemeineren causae obligationum: in contractliche und quasicontractliche; jedoch nicht auch in Delicte; Delicte machen selbstschuldig, nicht blos defensionspflichtig (§. 141.). Diese obligatorischen Berechtigungen und Verpflichtungen zur Vertretung erscheinen zwar überall selbst als Forderungen oder Obligationen; allein es ist in ihnen ein Fortschritt bemerkbar von Formen, in denen das Wesen der Vertretung noch mehr oder weniger zu Tage liegt, bis zu Forderungen und Schulden, welche sich von der zu vertretenden obligatio nicht mehr unterscheiden, ja statt der zu vertretenden Forderung oder Schuld allein da sind. Fassen wir zunächst

I. die Forderungsseite näher in's Auge, so zeigt sich zwar 1) schon in dem solutionis causa adjectus (l. 10. D. solut. 46, 3.) etwas von einer contractmäßigen Vertretung; allein der Vertreter

(s. c. adjectus) selbst hat hier noch kein Forderungsrecht. Dagegen 2) der adstipulator hat ein solches, indem er mit und neben dem stipulator dasselbe was dieser stipulirt (Gaj. III. 110 — 114. 126.). Daß er nichts als ein Vertreter des stipulator in Klage und Einkassirung sein, und nur als stärkere Vollmacht die Forderung selbst bekommen solle, kann nicht bezweifelt werden [*Gaj. §. 111. cit. — quidquid consecutus erit, mandati judicio nobis restituere cogitur.* vgl. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. XIV. S. 362. Sav. O. R. I. S. 218. meine krit. Bl. Nr. 4. S. 21.]; daß er lediglich als Vertreter gedacht ist, zeigt sich aber nicht nur im Erfolge, sondern auch im Namen, und in der accessorischen Eigenschaft seiner Forderung; die zu vertretende Forderung ist „principalis obligatio", die seinige nur „accessio", er selbst nur adstipulator (Gaj. §. 126. cit.). Wenn aber 3) mehrere mit und neben einander dasselbe stipuliren, auch so, daß es nur auf einmalige Ausklagung und Zahlung abgesehen ist, jedoch so, daß keiner von ihnen blos accessorisch, sondern alle gleich und in solidum berechtigt sein sollen (duo rei credendi), so ist zwar auch hier denkbar, daß es sich thatsächlich blos um eines Einzigen Geld, Credit, Guthaben handelt, und der Andere oder die Anderen wiederum nur vertretungshalber in den Contract mitaufgenommen werden; weil aber für diesen Fall ein eigenes Institut da war, werden die duo rei credendi wo nicht immer, so doch gewöhnlich an dem Contracte sämtlich selbst mitbetheiliget, also keiner von ihnen ein bloßer Vertreter des Anderen gewesen sein. Allein anderseits ist es undenkbar, daß irgend einer aus ihnen, wie klein oder groß sein eigenes Recht und Interesse am Contracte war, indem er in solidum klagte, einkassirte, quittirte, nicht auch der Anderen Recht und Interesse mitbesorgte und geltend machte, — also nicht dennoch bewußt oder unwillkürlich, seine Mitcontrahenten vertrat. Endlich geschieht es, daß 4) Jemand, z. B. ein Anwalt seines Clienten Forderung auf sich übertragen läßt, nicht um sie zu haben, sondern um für jenen möglichst unbehemmt zu klagen, zu vergleichen, zu quittiren, kurz um ihn zu vertreten. Aeußerlich ist er Gläubiger; der Sache nach Vertreter. — Auf der

II. Schuldseite begegnen uns 1) Fälle, in denen Jemand

zwar „obligirt“ ist, allein **aus** fremder Schuld, und **für** fremde Schuld haftet; er ist selbst obligirt, aber seine eigene Haftung hat keinen anderen Inhalt als den, daß er für einen Anderen (wo nicht diesen selbst: noxae deditio) zahle oder vertheidige: Vertretung einer fremden Schuld ist der Inhalt seiner eigenen Obligatio; diese selbst also eine „Defensionspflicht“ (vgl. m. krit. Bl. Nr. 2. S. 11. Nr. 4. S. 24. 25.). Eine solche obligatio zur defensio besteht möglicherweise a) blos zwischen dem der vertreten, und dem der vertreten werden soll [z. B. *l. 4. D. lib. leg. 34, 3: „— nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat“*]; oder aber b) zwischen demjenigen der vertreten, und demjenigen gegen welchen vertreten werden soll. Es besteht hier eine actio des Gläubigers gegen den Vertreter; allein als Grund oder intentio derselben erscheint die fremde zu vertretende obligatio, das fremde, zu vertretende factum oder delictum (Keller, Civpr. §. 82.); die Klage ist, nach einem neueren Ausdruck, der das Wahre mehr ahnt als ausdrückt, „adjectitiae qualitatis“; der Beklagte nicht sowohl reus, als Defensor des reus [*Gaj. IV. §. 69. „— de hac actione (de pec.) et de ceteris, quae eorundem (ff. servorumque) nomine in parentes dominosve dari solent —“ §. 80. „— ut cum ex contractu earum ageretur, nisi ab eo cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur —“ l. 21. §. 1. D. nox. act. 9, 4: „— quorum nomine noxali judicio agitur, etiam absentes defendi posse —“ l. 17. §. 1. eod. „— si ego dominus proprietatis eum servum nolui defendere, defensio tibi permittenda est —“* vgl. m. kr. Bl. Nr. 2. S. 10—20. Nr. 4. S. 24.]. Der allgemeinste und historisch letzte Grund dieser Defensionspflicht ruht in der dominica und patria potestas, welche nicht nur eine Vertretung des Gewalthabers durch seine Unterthanen, sondern auch eine der letzteren durch den Gewalthaber mit sich führen sollte: sowohl aus Delicten, als aus Contracten und Quasicontracten des Untergebenen [*noxalis actio: J. 4, 8. D. 9, 4. C. 3, 41; — actio de peculio: D. 15, 1; de in rem verso: D. 15, 3; quod jussu: D. 15, 4; exercitoria* und *institoria actio: D. 14, 1, 3. C. 4, 25;* überhaupt: *J. quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse di-*

citur 4, 7. *cf. D. 14, 5.*]. Der noxalis actio verwandt ist die de pauperie („si quadrupes pauperiem fecisse dicatur D. 9, 1. J. 4, 9.); ferner daß Wirthe, Schiffer, Stallhalter für die Delicte ihrer Leute an den Sachen der Einkehrenden, Passagiere, Einsteller (S. 443. l. 1. §. 6. D. h. t. 47, 5. „praestat factum eorum"), und Hausbewohner de effusis et dejectis (D. 9, 3. bes. l. 1. §. ult.) haften sollen; indessen wird in den beiden letzteren Fällen dem Beklagten überall schon eine eigene Schuld beigemessen (l. 1. §. 4. D. de his qui eff. l. 1. §. 5. §. 6. D. furti adv. naut. 47, 5.); die Klage demnach in keinem der beiden Fälle mehr als bloße Zusatzklage betrachtet. Selbst die noxalis actio braucht gegen den Gewalthaber, wenn er mitschuldig ist, nicht mehr auf ein dare oportere propter eum zu intendiren (vgl. l. 42. §. 1. D. h. t. m. krit. Bl. Nr. 4. S. 15. Anm. 30.). — Die Defensionspflicht aus Contracten und Quasicontracten der über Schiff und Laden gesetzten Sclaven und Söhne ist auf „domini" im weiteren Sinne des Wortes, und in der „quasi institoria" endlich auf negotia aller Art ausgedehnt worden (l. 19. pr. D. instit. l. 10. §. 5. D. mand. l. 5. l. 6. C. h. t. 4, 25.). Im Anhang zu der exercitoria actio handeln die Quellen de lege Rhodia de jactu (D. 14, 2.): wahrscheinlich aus blos äußerem Grunde; aber insoferne die Herren der geretteten Sache dem Capitän für die Entschädigung aufkommen müssen, die dieser dem Eigenthümer der über Bord geworfenen Sachen zu gewähren hat, fehlt es doch nicht an allem inneren Zusammenhange. — Den Umstand, daß der Defensionspflichtige den zu Vertretenden, ihn selbst wie sein allenfalsiges Sondergut, in der Gewalt hat, können wir der res des Quasicontractes (§. 107. §. 108.) vergleichen; er allein liegt der noxalis actio, (etwas ähnliches den verwandten Klagen) und der de peculio zu Grunde. In der actio de in rem verso stoßen wir bereits auf die gewöhnliche res. Sonst ist der Grund unserer Defensionspflicht contractartig, ein jussum des Gewalthabers zu dem Contracte oder Quasicontracte des Sclaven rc., namentlich auch in der exercitoria und institoria a. (§. 2. J. 4, 7. l. 1. §. 2. D. exerc. vgl. m. kr. Bl. Nr. 2. a. a. O.). Im Gedanken an diese Defensionspflicht wird man lieber blos davon sprechen, daß der Gewalthaber, Prinzipal rc. seine Leute

zu „vertreten" habe und ihr Defensor, als daß er ihr „Stellvertreter" sei. Unter uns ist dieselbe nicht in allen ihren Gestalten und Fällen anwendbar; in mehreren anwendbar, allein wenig oder gar nicht in Gebrauch. Die noxalis actio ist theils unanwendbar, theils nicht in Gebrauch (bei der noxa des Kindes). Die actio de peculio und tributoria sind unanwendbar, weil es u. E. in Deutschland keine Peculien gibt; die de in rem verso und quod jussu sind anwendbar und auch nicht außer Gebrauch; allein bei der zeitigen Selbständigkeit der Kinder nothwendig seltener, als sie auch nur nach dem neuesten R. Rechte, nach erweiterter eigener Rechtsfähigkeit, noch gewesen sein müssen. Die exercitoria und institoria actio, directa und quasi institoria wären noch immer sehr brauchbar, wenn sich die Brauchbarkeit nach gewissen Compendien über Handelsrecht richtete; — nun aber sind sie vielleicht noch für Einen Fall nothwendig. Nur für actio de pauperie, und furti adversus nautas etc. haben wir noch gleich gute Gründe, de effusis et dejectis sogar die Polizei. Im Familiengüterrecht, und bei der Stellvertretung werden wir jene Ueberreste römischer Defensionspflicht etwas genauer kennen lernen; einstweilen vgl. zu den Quellen noch Scheurl, Inst. 3. Aufl. §. 142. Vang. I. §. 239 — §. 243. III. §. 661. Unterholzner, Schuldverhh. §. 190 — §. 213. 2) Den vorigen Fällen schließen sich diejenigen an, in welchen die alieno nomine übernommene Verpflichtung nicht mehr blos die Vertretung einer fremden Schuld, sondern ein eigenes dare facere oportere zum Inhalt hat; auch nicht mehr aus fremder Schuld entspringt, und eine durchweg eigene causa obligationis hat, — allein nichtsdestoweniger lediglich für eine fremde Schuld, und also trotz aller Eigenheit und Selbstverpflichtung dennoch die Prästation oder Vertretung einer fremden Schuld enthält [*Festus, sub v. „adpromissor": qui quod suo nomine promittit, idem pro altero quoque promittit — Gaj. III. 115. l. 1. §. 8. D. o. et a. „qui .. alieno nomine obligatur"*]. Das zeigt sich äußerlich darin, daß ein solcher Schuldner sich neben dem Anderen, für den er verspricht, verpflichtet, und Adpromissor heißt, dann darin, daß er dasselbe schuldet was dieser, entscheidend aber darin, daß seine Schuld nur als Nebensache neben der anderen Schuld gilt (Gaj. III.

126. §. 5. J. fidej. 3, 20. l. 48. D. solut. 46, 3.). Wie der adstipulator nur deswegen selbst stipulirt, um den stipulator desto berechtigter zu vertreten, so verspricht der adpromissor nur deswegen selber, um den promissor desto gebundener zu vertreten. 3) Wenn mehrere miteinander Demselben Dasselbe in Demselben Contracte versprechen, und keiner blos accessorisch haften soll, so läßt sich wiederum denken, daß Einer lediglich für den Anderen verspreche; also, auf die Sache gesehen, blos des Anderen Vertreter sei; allein da für ein solches Vorkommen die adpromissio da ist, werden unter jenen „duo rei debendi" wenigstens gewöhnlich Schuldner zu denken sein, von denen jeder zum Theile sich für sich selber („proprio nomine" l. 1. §. 8. D. o. et a.) verpflichtet (vgl. Sav. O. R. I. S. 223. Bekker, proz. Cons. S. 221 unten; l. 71. pr. D. fidej. 46, 1. l. 17. §. 2. D. ad SC. Vell. 16, 1. l. 47 D. l. 13. C. loc. l. 65. D. evict. 21, 2.). Hat er blos zu dem einen Theil des Versprochenen eigenes Interesse, so verpflichtet er sich zum anderen Theile nothwendig für Andere; und mag es auch kommen, daß er aus weiterem Interesse mehr als seinen Theil verspricht (l. 17. §. 2. D. ad SC. Vell. 16, 1.), so verspricht er nichtsdestoweniger nothgedrungen zugleich für den Anderen, und macht auch für ihn sich zahlungs- und vertheidigungspflichtig. So wenig wie aus den duobus reis credendi läßt sich die Vertretung aus den duobus reis debendi hinwegdenken. Endlich kommt noch 4) vor, daß Jemand als alleiniger Schuldner dasteht, aber gleichwohl „pro alio obligatus" ist: sei es daß er eine schon vordem dagewesene Schuld übernommen, oder vornherein sich anstatt des Anderen verpflichtet hat — beides nicht etwa an Zahlungs Statt, um eigener Schuld willen, sondern lediglich um für Jenen zu haften, zu zahlen, zu vertheidigen. Die Quellen reden hier von Intercession (l. 8. §. 14. l. 11. l. 12. pr. D. ad SC. Vell. l. 4. l. 19. C. eod. 4, 29.) wir noch allgemeiner von Vertretung.

§. 143.

Die Correalität insbesondere.

Wenn ein Vormünder oder Procurator den Mündel oder Principal in einer Forderungssache vertritt, kann möglicherweise

nur an diese Eine Forderungssache gedacht werden; um deswillen, daß ein Anderer des Anderen Forderung in die Hand nimmt, werden der Forderungen nicht mehrere. Wenn Jemand durch einen Contract oder Quasicontract obligirt ist, einen Anderen in dessen Schuldsache zu vertreten, zu „defendiren“ (s. oben S. 611. Z. 8. a.), so ist nun zu der Einen Schuldsache noch eine obligatio hinzugekommen; aber nur die obligatio zu defendiren (Defensionspflicht); die Schuldsache, worin die Vertretung platzgreifen soll, ist nach wie vor Eine und dieselbe (una eademque obligatio). Wenn anstatt Contractes und Quasicontractes patria und dominica potestas mit Hinzuthat contractlicher und quasicontractlicher Elemente defensionspflichtig machen (S. 611. b.), ist zu der Schuldsache des Hauskindes rc., abermals eine obligatio, und zwar eine zu eigener actio des dritten Contrahenten gestaltete Defensionspflicht des Vaters rc. hinzugetreten [*Gaj. IV. 69 „— de hac actione et de ceteris quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent — l. 8. §. 4. D. accept. 46, 4, l. 8. D. resc. vend. 18, 5. „— servi nomine praetoria actione teneri —“ l. 1. §. 3. D. exerc. 14. 1. „— si mercibus emendis .. fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem —“ l. 4 D. si ex nox. causa ag. 2, 9. etc.*]; allein die Schuld, wegen welcher er den Sohn, Sclaven, den praepositus vertreten soll, ist Eine und Dieselbe, wie Diejenige, welche von jenen contrahirt ist; er haftet nur „alieno nomine.“ Wenn aber Jemand neben dem Schuldner, lediglich für diesen („pro eo“), und deßhalben was dieser verspricht, wie der sponsor und fidepromissor (Gaj. III, 115. 116), so wird man zwar vielleicht zugegeben haben (§. 142), daß auch das keinen andern Zweck hat, als den Schuldner zu vertreten; allein einwenden, daß der eine wie der andere Adpromittent nicht mehr bloß verspricht und verpflichtet ist, den Schuldner zu defendiren und aus dessen Schuld (alieno nomine) gegen sich intendiren zu lassen; sondern des Schuldners Schuld förmlich zur eigenen macht, so daß aus eigener Schuld wider ihn geklagt wird, und für den natürlichen Verstand wenigstens neben der des Schuldners eine andere Schuld („alia atque alia actio“), mithin nicht mehr una eademque obligatio da sei. Dieser Natürlichkeit sind neuerdings wieder Rückert [Zur Theorie der Corr.

Obligg. Z. f. Civr. und P. R. F. XII. S. 1—57], und Kunze [D. Obligation und die Singularsucc. §§. 29—64], der auch auf Ihering Eindruck gemacht zu haben scheint (Jahrbb. für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Priv. Rechts. I. S. 28 oben), nachgegangen. Wenn nun aber die Quellen nichtsdestoweniger hier und in dem nachher zu besprechenden Falle das Dasein von blos Einer und Derselben Obligation behaupten, [S. 606. oben vgl. darüber Dowrzak gegen Kunze, in der Münchner krit. Ueberschau IV. 1. S. 58—65. und aber immer noch vorzüglich Ribbentrop C. O. §. 4. gegen Hasse], so möchte doch was diese sagen, noch natürlicher sein. Und wenn nun die Schuld, welche vertreten wird, Eine und Dieselbe ist mit derjenigen, welche der Schuldner selbst hat; und wenn auch Sponsoren und Fidepromissoren Vertreter des Schuldners sind, und nur zu gebundenerer Vertretung Selbstschuldner werden; und eben trotzdem die Quellen Eine und Dieselbe Schuld annehmen: sollte nicht dennoch auch hier die Erklärung für Einheit und Identität in dem Gedanken und Wesen der Vertretung liegen? (vgl. m. kr. Bl. Nr. 4. S. 27) nicht dennoch — wiewohl uns nur Einer unterstützen zu wollen scheint (vgl. Wirth, Ueber die Mora, Arch. f. civ. Prax. XXXIX, 1. S. 129. Anm. 13.). Man nimmt mit Recht auch schon „in den Fällen der actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, exercitoria und institoria," eine wahre Identität der Obligation des Vaters oder des Mandanten mit der des Sohnes oder Mandatarius ... wie bei der Correalobligation an (Vang. §. 573. Anm. 2, 3), und wird den Grund dieser Correalität schwerlich in etwas anderm entdecken können, als darin, daß der Vater oder Mandant nur der Vertreter des Sohnes oder Mandatarius ist: daß in den übrigen Fällen der Correalität derselbe Grund dieselbe Wirkung habe, scheint man, wir wissen noch nicht warum, nicht zugeben zu wollen. In diesen anderen Fällen ist die Defensionspflicht des correus in eine eigene Schuld übergegangen; es stehen nun förmlich mehrere Schuldner neben einander da; diese Mehrheit von Selbstschuldnern und Eine obligatio scheint das Unnatürliche und Künstliche. Allein mit demselben Rechte kann man sagen, daß das künstlich sei: daß der bloße Vertreter sich zum Selbstschuldner mache, und daß anstatt des Einen Schuld-

ners und seines Vertreters mehrere Schuldner werden; und daß Ein Schuldner und Eine Schuld das Natürliche sei. Mit uns ist gleichzeitig Bekker (Die proz. Consumtion, S. 227) zu dem Satze gekommen, daß in Correalobligationen „nach materiellem Rechte .. nur eine Obligation, una obligatio, .. formell aber .. plures obligationes vorhanden seien (vgl. m. kr. Bl. a. a. O.). Wenn Festus den adpromissor als denjenigen definirt, qui quod suo nomine promittit, idem pro altero quoque promittit, so mag darauf, daß er pro altero promittit, der Nachdruck gelegt, und um deswillen trotz der künstlichen Mehrheit der Schuldner die natürliche Einheit der Schuld festgehalten worden sein. — Wenn diese Begründung der Correalität zwischen Promissoren und Adpromissoren stichhaltig sein sollte, so dürfte sie auch für die zwischen den duo rei debendi hinreichen; ohnerachtet sie pro parte „proprio nomine" Selbstschuldner waren. Aus letzterem folgt nach natürlichem Ermessen, daß von zwei solchen correis Jeder zwei Schulden übernahm; eine, bis zu einem gewissen Theile des solidum, proprio nomine; die andere, zum übrigen Theile, alieno nomine; — aber schon nach natürlichem Ermessen war jede dieser beiden Obligationen eadem obligatio mit jeder des Anderen (was Kuntze gegen uns a. a. S. 128 übersieht); dieselbe, die jeder proprio nomine hatte, hatte der Andere alieno nomine. So weit läge hier Stoff zu zwei Obligationen, allein zu zwei Correalobligationen vor (vgl. l. 11 pr. D. duob. r.); für den Fall, daß Dreie promittirten, zu drei u. s. f. Allein der wahrscheinlich ursprüngliche, und fortan wichtigste Fall der duo rei debendi sind die duo rei promittendi; jeder der mehreren Promittenten versprach aber nur einmal, seine eigene und die fremde Schuld auf einmal, als Ein Ganzes (in solidum), so daß Jeder nur Eine, mit der des Anderen identische, Schuld hatte (. 11. §. 1. §. 2. D. duob. r.); um diese Eine, identische Schuld nicht als zwei Schulden erscheinen zu lassen, sollten ursprünglich überdies Alle zusammen, und auf Eine Anfrage hin promittiren (pr. J. h. t. vgl. l. 3. pr. l. 6. pr. l. 12. pr. D. duob. r.): — ein „Gebräu" (Kuntze, a. a. O.), das schon Papinian analysirt zu haben scheint (l. 11 cit.). — In welcher Weise wir uns die Einheit und Identität der Obligatio

in der Adstipulatio und bei den duo rei credendi denken, versteht sich darnach von selbst.

Ist die Vertretung der Grund, warum inmitte mehrerer Gläubiger oder Schuldner doch nur Eine Forderung oder Schuld, und für jeden ganz besteht, so muß in ihr auch der Grund liegen, weshalb so manches, was in und vermittelst der Einen Schuld Alle, Gläubiger oder Schuldner, betreffen — liberiren, klaglos stellen, prästationsschuldig machen — sollte, gleichwohl nur den Einen oder Anderen betrifft [*capitis deminutio: l. 19. D. duob. reis; — confusio: l. 71. pr. D. fidej. 46, 1; — pactum d. n. p.: l. 2. §. 5. l. 27. pr. D. pact. 2, 14. cf. l. 7. §. 1. D. except. 44, 1. l. 34. D. recept. 4, 8. l. 9. §. 1. D. duob. reis; — mora: l. 173. §. 2. D. r. j. 50, 17. l. 32. §. 4. D. usur. 22, 1.*; — Compensation: *l. 10. D. duob. reis.*]. Unter diesen Erscheinungen ist am auffallendsten, daß die mora des Einen von duo rei debendi nur diesem Einen schadet, während er durch ein anderes factum — auch die mora ist factum (l. 58. §. 1. D. fidej.) — Alle verschuldet. Indessen wirkte selbst die Litiscontestation, in deren ursprünglichem Einfluß auf die Correalobligation doch das sicherste Kennzeichen der Obligationeneinheit zu finden ist (Ribbentr. a. a. O. §. 6—§. 11), doch nicht durchweg; allerdings für und gegen Alle in ihrer zerstörlichen Wirksamkeit [*l. 2. D. duob. r. „— petitione ... unius tota solvitur obligatio —“ l. 5. in fin. D. fidej. 46, 1. „— ut quum altera .. in judicium deduceretur, altera consumeretur —“ l. 31. §. 1. D. novat. „— unum judicium (in judicio) petentem totam rem in litem deducere —“ l. 116. D. v. a. l. 1. l. 14. D. rem rat. hab. 46, 8. arg. l. 3. l. 4. D. his qui eff. 9, 3. „— si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur, perceptione non litiscontestatione —*]; nach ihrer constituirenden Wirksamkeit dagegen, insoweit ein condemnari oportere aus ihr hervorging, nur zwischen demjenigen, der wirklich klagte und verklagt wurde (vgl. l. 16. duob. r.). Die außergerichtliche Anforderung aber, mit der wir die Mora identificiren dürfen, ist ein Vorspiel der gerichtlichen oder der Litiscontestation (§. 128.). So scheint uns die Sache jetzt nicht mehr rathlos zu stehen (vgl. m. kr. Bl. Nr. 4. S. 33 oben), sondern der Einfluß der Mora, wie der der Litiscontestation bemessen zu sein: nur daß außergerichtliche

Belangung noch keine Consumtion nach sich zieht. Damit wollen wir nicht behaupten, daß diese Behandlung der Mora eine Nothwendigkeit war; vielmehr im Voraus bemerken, daß uns bei der besonderen Lehre von der Bürgschaft (§. 144) eine andere begegnen wird; allein es genügt, daß die Behandlung der Mora bei duo rei debendi an der Litiscontestation einen Anhalt hat. Daß aber z. B. Einer von duo rei credendi den Schuldner durch Litiscontestation zu seinem ausschließlichen Schuldner machte, ist dem Wesen der Vertretung vielmehr gemäß als entgegen: weil ein vollkommener Vertreter alles vermag, was die vorzunehmende Handlung mit sich führt. — Capitis deminutio und confusio sind Zufälligkeiten in der Person des Gläubigers oder Schuldners, nicht Handlungen, welche dazu da sind, die Obligatio zur Lösung zu bringen [*l. 19. D. duob. r. „— multum . . interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur —“*]; nur in letzteren soll die Vertretung und Einheit ihren Spielraum haben; der Zufall ist „exemt“ [*l. 19. cit. „— si unus c. deminutione exemtus est obligatione —“ l. 71. D. fidej. „— confusione obligationis eximi personam —“*]. Darnach scheint es auch erklärbar zu sein, daß die Compensation so lange als sie nicht zum Compensations geschäfte wird (§. 149), auch nicht gegen Alle und für Alle wirkt. Endlich aber sollte die Möglichkeit geschaffen werden, auch einen oder den anderen Schuldner aus dem Correalverbande zu entlassen, und für den einen oder anderen der mehrerern Gläubiger auszutreten; in diesem Entlassen und Austreten liegt von selbst die Absicht, den Verband im Uebrigen stehen zu lassen. Dazu war an sich keine von den vorhandenen Liberationen geeignet; wir glauben immer noch, daß das pactum de non petendo, mit dem der Fortbestand der Obligatio noch am meisten verträglich scheinen mußte, hiefür eigens ausersehen und bestimmt wurde [vgl. m. kr. Bl. S. 31. *l. 3. §. 3 lib. leg. 34, 3: — duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit; agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor —*]. Auch mit der außerordentlichen Hilfe der i. i. restitutio konnte dem Einen oder Anderen geholfen werden (l. 48. pr. D. min. 4. 4).

Was sonst das römische Recht für Handlungen zur Aufhebung von Obligationen kennt und bestimmt: sie sämmtlich tilgen die Eine Obligatio, ob sie nun zwischen allen oder nur einzelnen der mehreren Correal=Gläubiger oder Schuldner vorkommen mögen [*solutio:* §. *1. J. duob. r. 3, 16. l. 3.* §. *1. D. duob. r. l. 31.* §. *1. D. nov. 46*, *2. l. 34.* §. *1. D. sol. 46, 3;* — Novation: *l. 31.* §. *1. cit.;* — Constitutum: *l. 10. D. pec. const. 13, 5.*, wogegen Sav. a. a. O. S. 168, — Acceptilation: *l. 2. D. duob. r. l. 13.* §. *ult. D. accept. 46, 4. l. 16. pr. eod.;* — Eid: *l. 28.* §. *3.* §. *1. D. jurej. 12. 2.:* „— *si modo ideo interpositum est jj., ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur*" *l. 42.* §. *1.* §. *3. eod.;* — *in solutum datio*, — Compensationsgeschäft; — Vergleich; letzterer u. E. schlechthin, vgl. Risch, Vergleich, S. 197; nach Sav. a. a. O. S. 179 nicht schlechthin]. Dazu gehörten auch Litiscontestation und Urtheil in ihrer zerstörlichen Wirkung; nach l. 28. D. fidej. (8, 41.) Justinian. 531. ist aber von letzterer für Correalobligationen nur mehr die des absolutorischen Urtheils — unter derselben Voraussetzung wie beim Eid — übrig geblieben (vgl. Ribbentr. S. 262. S. 267 unten und fg.). Auch das beneficium divisionis wurde nach der gemeinen und u. E. richtigen Ansicht über Bürgen, Mandatoren und Constituenten (vgl. Vang. §. 573. Anm. 4. a. A.) hinaus auf duo rei debendi erstreckt [*Nov. 99.* — wogegen neuerdings in verschiedener Auslegung Savigny, a. a. O. §§. 25. 26. Dedekind, *de exc. divisionis. Gott.* 1853. S. 279 fgg. Vangerow, §. 573. Anm. 4.; zu *l. 11. pr. D. duob. r.* vgl. m. kr. Bl. Nr. 4. S. 37.].

Von den Fällen der s. g. adjectit. qual. actiones abgesehen entsteht die Correalität vorzugsweise durch Vertrag: entweder durch die besondere Form des Vertrages, wie dies bei den duo rei stipulandi und promittendi ursprünglich der Fall war (J. h. t.); — oder durch Form und Inhalt — wie bei der Bürgschaft durch sponsio, fidepromissio, fidejussio (Gaj. III. 115 sqq.) und bei der adstipulatio (Gaj. III. 110.); — oder blos durch den Inhalt, — nämlich durch Nebenbestimmung, bei formlosen Geschäften, Mehrerer, mit Mehreren [*l. 9. pr. D. duob. r. l. 1.* §. *44. D. dep. 16, 3. l. 13.* §. *9. l. 47. D. loc. l. 13. C.*

eod. 4, 65. l. 31. §. 10. D. aed. ed. 21, 1. l. 16. pr. D. pec. const. 13, 5. l. 5. l. 12. C. si cert. pet. 4, 2. vgl. Sav. a. a. O. §. 17. c.]. Lassen wir die Bürgschaft einstweilen, die Adstipulation für immer, ausgesetzt, so bleibt für unser heutiges Recht vertragsmäßige Begründung des Verhältnisses der duo rei debendi und credendi durch Nebenbestimmung. Als letztere genügte den Römern der Zusatz, daß „in solidum" gefordert werden dürfe (l. 11. §. 2. D. duob. r. l. 47. D. loc. l. 13. C. eod. l. 5. l. 12. C. si cert. pet. cf. l. 9. pr. D. duob. r.); wogegen die Bestimmung, daß Einer für den Anderen gutstehen wolle, zwar auch zu Correalobligationen, allein nicht zu Einer geführt hätte (l. 11. pr. — §. 2. D. duob. r. vgl. oben S. 617. in med.). Papinian erwähnt in l. 11. cit. zwei Fälle: Theilschuldner, die sich gegenseitig verbürgen, ohne in solidum zu versprechen; Theilschuldner, welche in solidum versprechen. Nov. 99 nenne, so meint z. B. Savigny (a. a. O.), den dritten Fall: Theilschuldner, welche sich wechselseitig verbürgen und überdies in solidum versprechen. Allein Papinian scheint uns diesen dritten Fall nicht ausgelassen, sondern nicht gekannt zu haben; er möchte durch seinen zweiten ausgeschlossen sein. Denn sind die Promittenten einmal duo rei debendi — was sie durch den Zusatz: „in solidum" ja werden (l. 11. §. 2. cit.) — so werden sie, wie auch Vangerow (a. a. O. S. 92.) bemerkt, nicht außerdem noch gegenseitige Bürgen sein (vgl. meine krit. Bl. Nr. 4. S. 33 — 38.); wir können uns nicht denken, daß Einer und Derselbe bezüglich Derselben Obligatio zugleich Prinzipal- und accessorischer Schuldner sein soll. Wenn Nov. 99 gleichwohl von *„ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι"* („alterna fidejussione obligati" Vulg.) mit dem Zusatze *„εἰς ὁλόκληρον"* („in solidum") haften zu wollen, redet: so kann das nicht mehr befremden, wenn wir den XII. Titel §. 6. der Practica ex actis Eustathii Romani (ex cod. Laurent. ed. Zach. a Lingenthal. Lips. 1856.) lesen: *„Ὅτι γυνὴ μετά τινος ἐδανείσατο, καὶ τὸ δάνειον συνέστη μετ' ἀλληλεγγύου ἐνοχῆς, καὶ ἕλκοντος τοῦ δανειστοῦ τὴν γυναῖκα εἰς τὸ ὅλον χρέος, ἔκρινεν ὁ μάγιστρος καὶ ἠλευθέρωσε ταύτην τῆς ἐνοχῆς τῆς ἐγγύης, γράψας οὕτως. ὁ δανειστὴς τὸ χρέος ἅπαν ἐκ τῆς γυναικὸς ἐπεζήτει διὰ τὸ ἐγγεγράφθαι τῇ ὁμολογίᾳ ἑκάτερον πρόσωπον εἰς*

ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι καὶ ἕκαστον ἀντὶ τοῦ ἑτέρου —. Aus diesen auch in ihrem weiteren Verlaufe merkwürdigen Worten geht hervor, daß man — im Einklang mit unserer Ansicht, daß in dem Verhältniß der duo rei debendi schon an sich, und nothwendig eine gegenseitige Vertretung und Verbürgung liege — unter *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* geradezu duo rei debendi verstund (vgl. auch Zachariä's Uebersetzung im Prochiron Basilii 1837. p. LXIII. Nr. 18.). Justinian, der die C. D. schwächen wollte, verordnete (Nov. 99), daß künftighin ohne den Zusatz „*εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι*“ nur Partialschuldner mit wechselseitiger Verbürgung wie in l. 11. pr. D. duob. r. zu verstehen seien. Vangerow meint, es seien in Nov. 99 nur die für einander „intercedirenden“ correi debendi verstanden; das ist nach obiger sprachlicher Bemerkung unwahrscheinlich und wird es unten S. 629 noch mehr werden. Heutigen Tages würden Ausdrücke wie „samt und sonders“ haften zu wollen, daß „Einer für Alle“ fordern dürfe, dasselbe bedeuten, wie wenn Jeder das „Ganze“ verspräche rc. — Die Begründung von Correalobligationen durch Testament, und zwar durch Vermächtniß, beruht in alternativer Fassung der Honorirten und Onerirten [*l. 16. cf. l. 24. D. leg. II.; l. 8. §. 1. D. leg. I.* (wo „*solutum*“ interpolirt: Ribbentr. S. 43.) *l. 9. pr. D. duob. r.* (wo es *T. aut M.* heißen muß: Ribbentr. a. a. O. Anm. 3.) *l. 25. pr. D. leg. III.*], nach l. 4. pr. §. 1. C. v. et rer sign. (6, 38.) blos mehr der Onerirten. Die „electio“, welche sonst Folge der Correalität ist (l. 28. C. fidej.), erscheint hier als Ursache. — Vereinzelt, und nicht völlig sicher steht die Begründung einer C. D. in dem Falle der l. 25. §. 10. D. fam. herc. 10, 2. cf. l. 2. §. 2. D. v. o. vgl. m. kr. Bl. S. 11. unten fg.

§. 144.

Die Bürgschaft insbesondere.

Unser Wort „Bürgschaft“ ist gleichbedeutend mit einer Obligatio, welche Jemand neben der Obligatio eines Andern, und lediglich als Vertreter desselben, darum auf denselben Inhalt wie jene, und überhaupt als eine und dieselbe Obligatio

wie jene hat [*„fidejussoria obligatio“: l. 14. l. 50. D. etc. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1; — l. 1. §. 8. D. o. et a. 44, 7. Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno; qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur; et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur. pr. J. h. t. 3, 20. Fest. sub. v. adpromissor. Gaj. III. 115; l. 42. D. h. t.: „— in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest — l. 8. §. 8. l. 38. pr. eod.*]. So finden wir denn 1) die Folgen der Einheit und Identität (Correalität) insbesondere auch zwischen Haupt- und Bürgschaftsschuld [vgl. *Paul. R. S. II. 17. §. 16. l. 28. C. h. t. 8, 41; l. 60. D. eod. „genere novationis“; l. 24. l. 38. §. 2. l. 73. D. sol. 46, 3; l. 13. §. 7. §. 8. l. 16. D. accept. 46, 4. l. 7. §. 1. D. except. 44, 1. cf. pr. eod.*] und damit nicht in Widerspruch, daß man sich auch blos pro parte einer fremden Schuld verbürgen kann (l. 9. D. h. t. l. 11. pr. D. duob. r. l. 70. §. 2. h. t.); — 2) Folgen der Thatsache, daß der Bürge Vertreter ist; wie daß er für eine obligatio, obwohl, ja weil sie blos naturalis ist, vollständig haftet (§. 1. J. h. t. l. 6. §. 2. l. 16. §. 3. l. 8. §. 3. l. 60. D. h. t. l. 5. D. cap. min. 2, 8.), ja daß die naturalis obligatio möglicherweise nurmehr in ihrer Vertretung (durch fidejussoria obligatio) juristische Wirkung hat (s. oben S. 575. Z. 17 v. u. S. 576 unt.; dann l. 25. D. h. t. l. 6. D. v. o. und dazu Girtanner, die Bürgsch. nach gem. Civilr. 1850. I. §. 7.); daß er auch noch die Mora des Schuldners zu vertreten („präſtiren“) hat (l. 24. §. 1. D. usur. 22, 1.), während bei der Correalobligation, die nicht blos vertretungshalber begründet ist, Keiner für des Anderen Mora haftet; sowie daß der Gläubiger auch hier den Schuldner entlassen, und sich an den Bürgen halten kann, wenn nicht „propter personam“ des Schuldners das Gegentheil nothwendig wird (l. 32. D. pact. 2, 14. cf. l. 7. pr. §. 1. D. exc. 44, 1. l. 9. §. 3. D. ad SC. Mac. 14, 6.); endlich aber 3) Folgen der Thatsache, daß er blos Vertreter ist. Darunter ist alles, was mit der accessorischen Natur der fidejussoria obligatio (Gaj. III. 126. l. 34. D. h. t.) zusammenhängt, begriffen;

denn lediglich um deswillen, weil der Bürge blos Vertreter eines Anderen ist, scheint uns seine obligatio blos accessorisch, die des Schuldners principalis — (ll. citt.), und „major" zu sein (l. 50. eod.). Vermöge ihrer accessorischen Natur ist a) die fidej. obligatio neben einer nichtigen oder ohne alle principalis obligatio nicht möglich, während die Verpflichtung des Einen von duo rei promittendi auch ohne die des Anderen aufkommt [*l. 6. pr. §. 2. l. 7. l. 12. §. 1. l. 15. D. duob. r.; — l. 6. §. 2. D. h. t.* ***Adhiberi autem fidejussor tam futurae*** (S. 294. Z. 6 fg.) ***quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.*** *l. 6. D. v. o. l. 29. l. 16. pr. l. 23. D. h. t. l. 16. §. 1. D. ad SC. Vell. 16, 1.*]; b) hi qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt (l. 34. D. h. t.); — quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari (l. 8. §. 7. eod.). Die deterior oder durior causa offenbart sich in quantitate (§. 5. J. h. t. l. 8. §. 7. cit.), tempore (§. 5. cit. l. 16. §. 5. D. h. t.) loco (l. 16. §. 1. §. 2. l. 49. §. 2. eod.) causa (l. 8. §. 8. §. 11. l. 34. eod. — worunter namentlich auch Bedingtheit und Unbedingtheit: l. 8. §. 7. eod. dag. Girtanner, a. a. O. §. 9.). Gegen die Meinung, als ob diese Regel in der Identität des Gegenstandes (eadem res) ihren Ursprung habe, macht sich schon Girtanner selbst (a. a. O. §. 11.) hinlängliche Einwürfe: es kommt hinzu, daß duo rei promittendi wohl ejusdem pecuniae s. rei debitores, dagegen nicht so ganz in pari causa sein mußten (s. l. 7. D. duob. r.; daneben aber l. 9. §. 1. eod.); — c) über der Confusion der fidejussoria mit der principalis obligatio erlischt die erstere als die schwächere (l. 14. l. 50. D. h. t.), während die „indifferenten" Haftungen der duo rei debendi, „quum ejusdem potestatis sint", neben einander, in Einer Person, verharren (l. 13. D. duob. r.), und über der Confusion des Forderungsrechtes mit der fidejussoria o. die principalis o. aufrecht bleibt (l. 21. §. 5. D. h. t.); wenn die fidej. o. auch über der Confusion des Forderungsrechtes mit der principalis o. erlischt, so hat das noch einen entscheidenderen Grund: „quoniam quidem nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse" (l. 21. §. 3. eod.), wiewohl auch den, daß nec reus est, pro quo debeat, sed nec res

ulla, quae possit deberi (l. 38. §. 1. eod. cf. l. 50. eod. „— obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate); — d) ein factum des Bürgen kann dem Schuldner nicht schaden (arg. l. 88. D. v. o.); — e) auch das s. g. beneficium excussionis oder ordinis (Nov. 4. cap. 1. dazu Arndts P. §. 355. Girtanner, a. a. O. I. §. 32 — §. 34. II. §. 23 — §. 30.) gehört hieher.

Neben den fidejussores handeln die Quellen von den mandatores, und denken dabei an ein Mandat zur Vornahme irgend eines Creditgeschäftes mit Dritten) l. 32. D. mand. 17. 1. cf. l. 8. §. 1. §. 2. §. 3. D. fidej.), oder überhaupt zu Creditgewährung (l. 12. §. 14. de mand. — „Creditmandat", s. g. mand. qualificatum). Während sonst in Mandaten neben der Verpflichtung (cautio) zu dereinstiger Deckung des Mandatars (S. 466) noch leicht eine Vollmachtsertheilung hergeht, liegt im Creditmandate nichts als jene Verpflichtung; es ist aber gerade diese Verpflichtung das Bürgschaftartige. Indessen übernimmt der Mandator nicht dieselbe Verpflichtung, wie der adpromissor, (was nicht einmal überall möglich wäre, z. B. l. 26. §. 5. D. mand.), sondern nur die allgemeine eines jeden Mandanten, den Mandatar vorkommenden Falles für den ihm durch den Vollzug des Auftrages verursachten Aufwand zu entschädigen [vgl. das wahrscheinlich edictale *„abesse" in l. 26. §. 2. l. 47. pr. D. mand.* mit *l. 26. §. 4. §. 5. §. 6. l. 27. §. 5. l. 56. pr. eod.*]; die Bezahlung dieses Aufwandes ist nicht Bezahlung der von dem Mandatar gegen den Dritten erworbenen Forderung; diese besteht jener Bezahlung ungeachtet ipso jure fort [*l. 28. D. mand. — mandatum enim suum solvit, et suo nomine —*]. So kann hier von keiner Correalität die Rede sein; und obwohl dem Erfolge nach eine Vertretung des Schuldners durch den Mandator vorliegt [*exceptio* des Schuldners gegen den bezahlten Gläubiger, *arg. l. 28. cit.*], sind doch begrifflich zwei verschiedene Obligationen da. So consumirt keine Klage die andere; auch absolutorisches Urtheil nicht (l. 13. D. fidej. l. 23. C. eod.). Weil die Forderung gegen den Mandator auf den Ersatz eines Schadens geht, den er gestiftet hat, und mehrere Mandatoren diesen Schaden nicht theilweise stiften können, haften mehrere Mandatoren in solidum, blos solidarisch (l. 52.

§. ult. D. fidej. l. 23. l. 28. C. eod. s. §. 141. S. 608 Z. 16 v. u.). Es sind Spuren da, daß die fidejussio — von Cicero noch nicht gekannt — in ihrem ersten Anfang nichts als ein stipulirtes Mandat war [Form: vgl. z. B. *l. 60. §. 1. l. 62. §. 1. l. 12. §. 13. D. mand. l. 24. D. fidej.* mit *l. 8. pr. eod. Gaj. III. 116*; Anwendung: *l. 32. D. fidej. Gaj. III., 118*; vgl. m. kr. Bl. Nr. 4. S. 21.]; die zwischen mehreren Bürgen zur Stunde noch geltende, von der epistola D. Hadriani nur beschränkte solidarische Haftung mehrerer Fidejussoren [*Gaj. III, 121, 626 l. 10. pr. §. 1. D. fidej.* Girt. II. §. *31.* §. *32.* -- zwischen Bürgen und Schuldnern wird niemals getheilt: *l. 27 §. 4. D. eod.* —] entspringt wahrscheinlich aus der Solidarität mehrerer Mandate; in das Versprechen mehrerer Sponsoren, Fidepromissoren drang Theilung leichter ein. So möchte fidej. obligatio nicht von allem Anfang an mit der principalis o. identisch und eins gewesen sein. Indessen: unsere Quellen kennen keinen Unterschied mehr zwischen fidejussio einer- und sponsio, fidepromissio anderseits; kaum daß der „adpromissores" überhaupt noch Erwähnung geschieht (l. 8. §. 7. l. 34. D. fidej. l. 64. §. 4. D. sol. matr. 24, 3. l. 5. §. 2. D. v. o. l. 43. D. solut. 46, 3.); fidejussio ist an die Stelle der anderen Bürgschaftsformen, und fidejussoria o. als eine mit der principalis o. identische Obligation dem Creditmandate entgegengesetzt. Nach heutigem Rechte sollen nun aber auch noch Mandat und Fidejussio in einander aufgehen (Arndt's P. §. 353.); dies scheint uns aber unmöglich, weil die Fidejussio ein sofort bindendes Versprechen ist, während das Mandat re integra beliebigen Rücktritt zuläßt (S. 466. 467.). So möchte Fidejussio, die wir „Bürgschaft" nennen, als ein „Versprechen dasselbe leisten zu wollen, was der Schuldner", von dem Creditmandate in römischer Weise unterschieden bleiben. Dagegen ist das constitutum debiti alieni — welches ohnehin mehr den Sinn einer expromissio als einer Bürgschaft gehabt haben dürfte (arg. l. 18. §. 1. D. h. t. 13, 5.) als eine dritte Bürgschaftsform wenigstens unter uns nicht haltbar (Arndts, P. a. a. O.)

§. 145.

Die Intercession insbesondere.

Durch das SC. Vellejanum ist den Frauen das Intercediren untersagt (l. 1. pr. l. 29. §. 1. D. ad SC. Vell. 16, 1). Man möchte darnach glauben, daß der Begriff der Intercession mit den den Frauen hienach verwehrten Geschäften zusammenfalle; allein näher betrachtet ist dem nicht also; es läßt sich ein intercedere contra SConsultum von einem anderen unterscheiden (l. 14. l. 16 pr. §. 1 l. 13 pr. in fin. l, 8. §. 5. eod.). Anderseits liegt die praktische Wichtigkeit des Intercessionsbegriffes, zwar unseres Erachtens nicht ausschließlich (vgl. §. 146), allein immerhin vorzugsweise in jenem Verbote; so mag es kommen, daß wir ihn auch mit den Fällen des Verbotes identificirt (vgl. l. 3 mit l. 13. pr. eod., l. 8. §. 5. mit l. 4. §. 1 eod., l. 30 pr. mit l. 23 eod.), und dem allgemeineren, das Verbot überschreitenden Wesen der J. nur noch den Namen „intervenire" vergönnt finden (l. 8. §. 1. §. 14 eod. überhaupt vgl. hierüber Vang. S. 577. Deurer, Arch. f. civ. Pr. XXVIII, S. 407—409.) Dieser letzteren Begriffs- und Ausdrucksweise wollen zunächst auch wir folgen. — Nach diesem Maßstabe wenigstens ist nun aber nicht schon die „Uebernahme einer fremden Obligatio" (Puchta, P. §. 403.) Intercession; man kann expromittiren ohne Intercession (l. 22. eod. cf. l. 13. pr. eod.); — ferner nicht jede Intercession auch Uebernahme einer fremden Obligatio; wie das Creditmandat zeigt [vgl. *l. 6. l. 7 eod. l. 8. §. 4. eod.* mit S. 625. Z. 11 v. u. s. dag. Vang. a. a. O. §. 577. Stellen wie *l. 2. §. 5. l. 8. §. 1. eod.* „*— non . . . intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse* drücken entweder das blos Gewöhnliche, oder nur den Gegensatz gegen eigenes Interesse aus.]. Dagegen ist allerdings „die Uebernahme einer Obligatio für einen Anderen" [Arndts, P. §. 359. *l. 1.* §. 2. *l. 2. pr.* „*— quae pro aliis reae fierent —" „pro alio obligari": pr. J. fidej. 3, 20. l. 2. l. 23. §. 2. C. h. t. 4, 29.*] Grundlage der Intercession. Hiernach ist denn die J. vor allem 1) Obligirung (l. 4 §. 1 eod., auch in den Fällen der l. 2. §. 5. und l. 26. eod.); aber nicht blos der Personen, sondern auch von Sachen (l. 8. pr. l. 32. §. 1. eod.). In l. 32. §. 2. eod. obligirt die Frau weder sich selbst — man müßte denn an' die Evictionshaft denken, was man nicht darf

(arg. l. 5 eod. l. 4 C. in fin. eod.) — noch ihre Sache, und ist dennoch Intercedentin; Windscheid (Arch. f. civ. Pr. XXXII. Prinzip des SC. Vell. S. 291. unten u. fgg.) verwirft die gemeine Erklärung: daß von einem Verkauf in Folge, nicht zur, Intercession die Rede sei: weil hier eine vorgängige J. hineingetragen werde; trägt aber selbst hinein, „daß die den Kauf abschließende Frau zwar die Absicht gehabt habe, zu verkaufen, nicht aber, den Verkauf zu erfüllen." Uns scheint das „rem suam pro debitore tradere" (l. 32. §. 2. cit. in fin.) hier durch die „conditio ut emtor acceptam pecuniam viro referret" dem rem suam pro debitore obligare ähnlich zu werden, indem die Frau den Gläubiger mit dem fundus nicht sofort bezahlt (in solutum dat — l. 5 eod.), sondern ihm nur Gelegenheit gibt sich vermittelst desselben bezahlt zu machen (vgl. S. 350 unten), und gleich dem Verpfänder das Recht behält, die Sache (durch die Contractsklage, oder condictio ob causam datorum) zurückzufordern, wenn jener sich nicht aus der Sache bezahlt macht. So tragen wir nichts hinein, und haben den Zusammenhang mit §. 1. nicht minder als die gemeine Meinung für uns. — Die J. soll — das ist der Gedanke dieses Erfordernisses — eine bloße Obligirung sein, im Gegensatze zu der deminutio patrimonii [*l. 8. §. 5 eod. „— non quae deminuit"*] Daraus folgt nun aber von selbst, daß manchmal trotz einer Obligirung nicht etwa blos, wie man gemeinhin annimmt, eine „Ausnahme" von dem SC. Vell., sondern keine Intercession vorliegt; dann nämlich, wenn die Obligirung sofort als Vermögensminderung erscheint. Dies ist der Fall, wenn die vom Intercedenten übernommene Schuld lediglich auf ihm lasten soll [*l. 4 §. 1 eod. „— si dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Sc. —"* wo das *„cessat Sc."* mit dem folgenden *„non intercedit"* gleichbedeutend ist. *l. 21 §. 1 eod.;* hieher auch *l. 13. C. h. t.* vgl. Vang. §. 581. Anm. 1. nro. 5. Windscheid — a. a. O. S. 293 — wäre diesmal besser bei seiner ursprünglichen Meinung geblieben]; wenn er donandi animo Bürgschaft leistet, ist dies offenbar noch nicht der Fall (Arndts P. §. 359. Anm. 3.). Nun aber noch weiter gehen, und fordern, daß Intercedent sich „in der Erwartung, gar nicht zahlen zu müssen", obligiren müsse

(Windscheid, a. a. O. S. 288 u. fgg. — mit ihm jetzt auch Hasenbalg, Beitr. z. L. v. d. Intercession I. 1856. S. 3—6] — das scheint uns zu viel verlangt. Ueberhaupt dürfte diese Lehre besser gedeihen, wenn wir fragen, was im Sinne des S.C. Intercession, als, was sein „Princip" sei.— 2) Die Obligirung muß „pro alio" geschehen — Intercedent nicht sich selber helfen wollen [*l. 22. eod. „—locum non esse SCo, .. quia .. in rem suam videtur obligari —" l. 13. pr. „— quum .. re vera .. suam obligationem suscipiat —" l. 27. §. 2. eod. „quia mulier suum negotium gessit —" l. 17. §. 2. l. 3. l. 21. l. 24 pr. eod. l. 6. pr. C. eod.*]. So kann es kommen, daß selbst eine fidejussio keine Intercession ist [*l. 25. §. 1. eod. Quodsi pro eo fidejusserit, exceptione SC. V.... tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit." l. 13 pr. eod. l. 24 D. pact.*]. Wenn wir oben (S. 622. §. 143.) behauptet haben, daß in dem Verhältniß der duo rei debendi nothwendig eine gegenseitige Verbürgung liege, so wird man das also nicht etwa deswegen bestreiten wollen, weil duo rei debendi nicht immer für einander intercediren (l. 17 §. 2 eod.). Würde ohne eigene Noth, aber auch ohne fremde Noth obligirt, so könnte wiederum keine J. da sein [*l. 8. §. 1. eod. „— ipsam fecisse hanc obligationem" l. 19. pr. §. 1 eod.* Stellen, die Vangerow §. 577. Anm. I. 2. anders zu fassen scheint.]. In solchen Fällen treibt erst der Intervenient den Andern zur Uebernahme von Obligationen, und steht dann diesem bei diesem gut, so daß es noch aus einem weiteren Grunde an J. fehlt: „quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit." (l. 19. pr. cit. Wegen l. 6. §. 1. C. h. t. u. l. 19. §. 4. vgl. Vang. a. a. O.). Wäre fremde Noth da, jedoch nicht um ihretwillen (intercedendi animo — l. 26 eod.), sondern etwa zum Trug, oder in dem Irrthum, man sei selbst schuldig, intervenirt, so läge nicht etwa blos eine Ausnahme von dem SC. V. (Bachofen, ausgew. L. S. 41. Windscheid, a. a. O. S. 322.), sondern wiederum keine J. vor [*l. 23. eod. „minime intercessisse videri, quia decepit"* — im letzten Falle greift das *SC. Vell.* platz, aber nicht eigentlich: *„actionem quidem dari."* Auch *l. 30 pr.* gehört hieher; dazu Bachofen, S. 93 gegen Windsch. a. a. O. S. 319. Anm. 49.]. Es versteht sich wohl von selbst, daß derjenige,

gegen den, oder dem gegenüber man einem Anderen helfen will, derselbe sei, dem man sich selbst obligirt; derselbe, der häufig, jedoch nicht immer (S. 614. 4.) zugleich Gläubiger des Anderen ist oder wird, dem man hilft; ein eigenes Merkmal der J. (Vang. a. a. O. 3.) meinen wir daraus nicht bilden zu sollen. Auch halten wir es nicht für richtig, daß in Fällen wie l. 32. pr. l. 13. pr. l. 19. §. 3. eod. um deswillen keine J. vorliege, weil Intervenient kein „Geschäft mit dem Gläubiger" auf sich nehme (Vang. a. a. O.); vielmehr fehlt es hier bald überhaupt an der Noth, gegen die geholfen werden soll (l. 32. pr. eod.), bald an fremder Noth, (l. 13. pr.), bald an der Absicht, zu helfen (l. 19. §. 3. eod.). Wie bemerkt, ist die J. eine Hilfe gegen Gläubiger. Wenn sie nun unter den allgemeineren Begriff der Vertretung fällt (vgl. §. 142. S. 614. a. E.), so können von den Fällen, die wir oben als eine Vertretung in executione obligationis aufgeführt haben, nur diejenigen J. sein, welche auf der Schuldseite stehen (S. 610. u.); außer ihnen noch einige, nicht aufgeführte [außer *pignoris obligatio* die *defensio* in *l. 2. §. 5. cf. l. 9. l. 3. eod.;* das Geständniß in *l. 26. cf. l. 23. eod.;* das Creditmandat]; anderseits nicht alle dort aufgeführten Fälle der Schuldvertretung; denn es ist wesentlich für die Intercession, daß die Obligirung des Intercedenten freiwillig erfolge (vgl. Sintenis, von den JJ. überh. und einigen Arten derselben insb. Zeitschr. f. Civilr. u. P. X. S. 38. Anm. 1.). Alle Defension aber, welche von Vätern, Herren, Prinzipalen in den actiones adj. qualitatis geleistet wird, ist ebensowenig freiwillig, wie jede Defension in Folge anderweitiger eigener Verpflichtung, und also nicht mehr Intercession; die Verpflichtung zu dieser Defension selbst aber eine in eigener Sache, und also wiederum nicht Intercession. Sofort aber liegt in dem Erforderniß der Freiwilligkeit kein neues Merkmal der Intercession. Wer sich in Folge einer für ihm wirklich bestehenden Verpflichtung für einen Andern obligirt, obligirt sich nur dem Scheine nach für einen Anderen; in Wahrheit obligirt er sich in eigener Sache, die seine Verpflichtung ist [*l. 13. pr. eod.* „*— quum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat —*" *l. 3. l. 26 in fin. l. 2. C. eod.*; in *l. 25. §. 1. D. eod.* thut die Frau mehr als sie

schuldig ist; *cf. l. 25. pr. eod.*]. Alle Definition der J. liegt in dem „pro alio obligari."

Wo nun nach obigem eine J. vorliegt, greift, wenn sie durch Frauen geschieht, theils nach den Worten des Gesetzes (l. 2. §. 1. eod.), theils nach der Interpretatio regelmäßig das S. C. Vellejanum Platz. Wenn es ausnahmsweise nicht platzgreift, so greift es troz der vorhandenen J. nicht platz; man darf dieser Ausnahmen wegen den Begriff der J. — der schon um seiner selbst willen festgestellt zu werden verdient (s. dag. Deurer, a. a. O.) — nicht noch mehr verengen (vgl. Vang. a. a. O. am Eingang.). Ausgenommen von der Hilfe des Senatusconsultes sind nun aber die Fälle, a) in denen der Gläubiger nicht weiß, daß intercedirt (pro alio contrahirt) wird (l. 4. pr. l. 6. in. f. l. 11. l. 12. l. 24. pr. l. 28. §. 1. D. h. t. zu l. 19. §. 5. eod. vgl. Vang. §. 581. Anm. 1. Nr. 5. S. 168.); um so mehr diejenigen, in welchen die Frau dies geflissentlich verbirgt (l. 5. l. 18. C. h. t.); — b) in denen die Begünstigung der Frauen mit der der Minderjährigen (l. 12. D. min. 4, 4.), oder der einer Dos (l. 12. cf. l. 24. C. h. t.) in Conflict kommt; — c) in denen die Frau sich für ihr Intercediren bezahlen läßt (l. 23 pr. C. eod. „sive ab initio sive postea" §. 1. eod. cf. l. 6. §. ult. D. mand.); — d) in denen sie nach Umfluß von zwei Jahren ihre J. wiederholt (l. 22. C. eod.) hat; — nach gemeinrechtlicher Praxis aber auch e) im Falle sofortigen oder späteren Verzichts auf die exceptio, wenn entweder rechtskundige Belehrung über die Folgen des Verzichts, oder eidliche Bestärkung hinzugekommen ist [im Anschluß an *l. 32. §. 4. D. h. t.* und *l. 3. C. quando mul. tut. officio fungi potest. 5, 35. Nov. 118. cap. 5.;* dann an das canonische R. z. B. *cap. 8. cap. 28. X. jurej. 2, 24.* vgl. Girtanner Bürgschaft *I. §. 30.*]; — f) Intercessionen der Handelsfrauen als solcher [wahrscheinlich weil sie Handelsfrauen sind; s. dag. Windscheid a. a. O. S. 288. vgl. übrigens Girtanner a. a. O. *II.* §. 10. a. E. Thöl, Handelsr. §. 50.]. Soweit die Fälle, in denen Intercessionen der Frauen ausnahmsweise, aber ursprünglich ohne weiteres, wirksam waren. Nach l. 23. §. 2. C. h. t. soll aber überdies noch buchstäblich überall eine gewisse Form der J. hinzukommen (heutzutage entweder eine öffentliche, oder eine von 3 Zeugen unterschriebene Urkunde); indes-

sen können damit nicht alle Fälle gemeint sein; unmöglich die sub. a. und b.; (vgl. übrigens Girtanner a. a. O., S. 141. S. 351. Vang. a. a. O. Anm. 2.). Wenn endlich Ehefrauen mit ihren Ehemännern gemeinschaftlich Schuldurkunden ausstellen, so soll das in Ansehung der Frauen für nichts sein, und weder durch irgend eine Form, noch Wiederholung zu Kräften kommen: es wäre denn, daß Gläubiger das eigene Interesse der Frau an diesem Contracte nachweise. Mehr ist in der Auth. si qua mulier (zu l. 22. C. h. t. aus Nov. 134. c. 8.) nicht gesagt; um so mehr hat man daraus gemacht (vgl. Vang. a. a. O. Anm. 3.).—— Darüber wie das SC. V. hilft, vgl. l. 25. §. 1. D. l. 20. C. h. t. cf. l. 6. in fin. l. 7. D. h. t.; l. 11. D. ad S. C. Maced. 14, 6. l. 16. §. 1. l. 8. §. 9. D. h. t., l. 8., §. 3. §. 10. eod. l. 9. C. eod. l. 40. D. cond. ind. (12, 6.); l. 32. §. 1. D. h. t. l. 39. §. 1. l. 40. D. rei vind. (6, 1.); — darüber wem, vgl. außer l. 16. §. 1. cit. und l. 14. C. h. t. namentlich noch l. 30. §. 1. l. 32. §. 1. l. 6. l. 7. D. eod. l. 15. C. eod.; — darüber endlich, wie dem Gläubiger, der durch die Intercession vielleicht auch den Schuldner verliert, den er sonst hatte („veterem debitorem") oder haben würde, vgl. l. 1. §. 2.; l. 8. §. 7. — §. 13. l. 9. l. 13. §. 2. l. 14. D. l. 16. C. eod.; l. 8. §. 14. D. §. 15. eod. — — —

Soweit die Intercession des S. C. Vellejanum. Ist noch ein Blick über ihre Grenzen und Schranken hinaus gestattet, und eine Erinnerung an die Intercessionen des römischen Staatsrechts, so wird es sich rechtfertigen, daß wir in obigem öfter von Noth und Hilfe sprachen. Denn in Noth und Hilfe liegt das allgemeine, nicht nur über jenen Senatsbeschluß, sondern über das Privatrecht selbst erhabene Wesen der Intercessio. Innerhalb des Privatrechts wird die Noth zur Schulden-Noth; bald zur Noth sie zu zahlen, bald zur Noth sie zu machen; erst innerhalb des Senatusconsultes aber die Intercession selbst zu einer Schuldenmachung; ohne dasselbe wäre man wohl nie dazu gekommen, eine Intercession durch Zahlung keine Intercession zu nennen (vgl. l. 4. §. 1. mit l. 8. §. 5. D. ad SC. V.). Dagegen wird es nicht erst von ihm oder seinen Interpreten ersonnen sein, daß man nicht für sich selber intercediren könne; daß man also sich „pro alio" obligiren müsse, um Intercedent

zu sein; das „pro alio obligari" ist nicht blos die Definition der J. nach Vellejanischem Rechte, sondern enthält in dem „pro alio" das gemeine Wesen aller und jeder Intercession. Um so weniger begreifen wir, wie Manche zu jenen Ausnahmen, in denen trotz Intercession das SC. nicht platzgreift, den Fall rechnen, wo die Frau sich in eigenem Interesse obligirt (wie Vang. §. 581. Anm. 1. Nr. 1.).

§. 146.

Der Regreß.

Die Schulden-Vertretung kann schließlich doch noch auf den Vertretenen zurückfallen: insoferne nämlich und wenn der Vertreter auf dasjenige, was ihm durch die Vertretung abhanden gekommen (abest), gegen den Vertretenen eine Forderung hat (Regreßrecht). Dieses Regreßrecht ist 1) dann, wenn die Vertretung Intercession war, und zwar a) Intercession im Sinne des SC. Velleianum, nothwendig begründet, wo nicht durch Mandat, Societät, Communio, [*l. 10.* §. *11.* §. *13. l. 11. l. 12. pr. l. 21. l. 26.* §. 2 — §. *6. l.* 29. *pr.* — §. *6. l. 37. D. mand. 17, 1; l. 58.* §. *1. eod. l. 18. D. fidej.;* — *l. 62. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 2. C. duob. r. 8, 40.*], so doch durch das Dasein aller Voraussetzungen zu einer negotiorum gestorum actio contraria (§. 107. S. 449. Z. 9. und zu den dort agff. Stellen noch l. 4. pr. D. fidej., Savigny, O. R. I. S. 236. III.): es wäre denn, daß Intercedent seinen Glauben bie einem Anderen gelassen hat (l. 53. l. 21. D. mand. cf. l. 4. pr. D. fidej. — nicht mit „Rückbürgschaft" — dem „fidejussor fidejussoris" — zu verwechseln: l. 8. §. 12. l. 27. §. 4. D. fidej.). Wo die Intercession b) sofort Vermögensminderung war (S. 628), muß unterschieden werden, ob sie dieses als Liberalität, oder als eine Vergabung im Gegensatze bloßer Obligirung war; wie dort ein Regreßrecht unmöglich ist [*l. 40. l. 60.* §. *1. mand.* „— *an nec neg. gest. etc.*" S. 450. Z. 15.], stellt es sich hier nothwendig ein, wiederum nach den Grundsätzen der neg. g. actio contraria, wenn kein Mandat 2c. inzwischen liegt (S. 449 oben cf. l. 12. §. 4. D. mand.). War die Vertretung 2) nicht Intercession, und zwar a) schlechthin nicht im Interesse

des Vertretenen geleistet — wie das bei der Defension des Schiffmeisters, Faktors, Verwalters, Mandatars durch den Schiffsherren ꝛc. (in der exercitoria, institoria, quasi institoria) und bei der des Kindes durch den Gewalthaber (in der de in rem verso actio) immer, bei Creditmandat und Bürgschaft aber möglicherweise der Fall ist (l. 24. D. pact. 2, 14. u. S. 629. Z. 11.; l. 2. §. 1. §. 3. D. mand.), so kann an einen Regreß wiederum nicht gedacht werden (arg. l. 6. §. ult. eod.); war sie dagegen b) in getheiltem Interesse geleistet, wie wenn Bürgen, Wechselbürgen, Mandatoren, aus Anlaß gemeinsamer Geschäfte oder Angelegenheiten eintreten, oder Gewalthaber wegen Peculiarschulden oder Delicten ihrer Untergebenen (de peculio, quod jussu, tributorisch — nox. actione) aufkommen müssen: dann ist hier deductio de peculio [denn die Peculiarsache gehört halb dem Untergebenen, halb dem Gewalthaber — vgl. m. kr. Bl. Nr. 2. S. 9. fg.; — der Untergebene halb diesem, halb sich selber; — Hauptstelle: *l. 9.* §. *8. D. pecul.* 15, 1.], dort aber eine Forderung ex re, oder negotio communi als actio pro socio, comm. dividundo, fam. herciscundae, ja selbst mandati und neg. g. actio contraria möglich [*l. 31.* §. *7. D. neg. gest. l. 6.* §. *2. l. 19.* §. *2. D. comm. div. 10, 3.* S. 458. Sav. a. a. O. S. 237.]. Wechselbürgen mit solidarischer Verpflichtung (duo rei d.) haben, woferne sie es durch Vertrag sind, wo nicht immer, so doch gewöhnlich, wir glauben immer, gemeinschaftliches Interesse (S. 614. 3), entweder als socii, oder ex re communi, sei es daß sie nun zugleich wechselseitig intercediren, oder nicht (S. 629.); hieraus erklären wir l. 62. D. ad leg. Falc. mit l. 2. C. duob. r. (8, 40.); s. dag. Vang. §. 573. Anm. 3. u. das. die alte Controverse. (Gegen Vang. S. 79. oben ist unter anderem zu bemerken, daß Wechselbürgen keine Mitbürgen sind.)

Manchmal tritt das Regreßrecht auch schon vor dem wirklichen Verluste ein (l. 38. §. 1. l. 45. §. 5. D. l. 10. C. mand.).

Von einem Regreß mag man auch ohne Schuldvertretung reden, bei anderer Vertretung, in beliebiger Geschäftsführung; dagegen auf die Belangung des Vertreters durch den Vertretenen scheint uns dieses Wort nicht zu passen (s. dag. Savigny a. a. O. S. 227.).

Nicht zu verwechseln mit dem Regreß ist der Anspruch des Vertreters gegen den Gläubiger, auf Abtretung seiner Forderung gegen den Vertretenen. Soll ein solcher Cessionsanspruch (klagbare) Forderung sein, so muß auch für sie eine gewöhnliche causa obligationis da sein (vgl. l. 28. D. mand. cf. l. 95. §. 11. D. solut. S. 565. unten 1.); außerdem kann er retentionsweise, vermittelst exceptio doli, geltend gemacht werden, wenn Gläubiger wider den Vertreter klagt. Dies ist das s. g. benef. cedendarum actionum, das dem Bürgen, wie bezüglich der Klage gegen seine Mitbürgen (l. 17. l. 39. D. l. 11. C. fidej. 8, 41.) so auch bezüglich der Klage gegen den Schuldner (l. 36. D. fidej. Nov. 4. cap. 1. in fin.) zusteht; allerdings nur unter der Voraussetzung, daß Gläubiger noch etwas zu cediren hat (Girtanner, Bürgsch. §. 33. §. 34. S. 468.), aber trotzdem noch nach der vom Bürgen geleisteten Zahlung (l. 36. D. fidej.; wegen l. 76. D. solut. u. l. 1. C. contr. jud. tut. 5, 58. s. Girt. S. 535 fg.).

6. Die Cautionen.

§. 147.

Cautio ist eine Sicherheit vorzugsweise **für** Obligationen [für andere Ansprüche z. B. S. 268, 2. Abs.; S. 272 unten und S. 273.; S. 108. §. 35; S. 235. Z. 10 v. u.; *l. 21. D. r. v. 6, 1.*], vorzugsweise **durch** Obligationen [freilich auch *rerum obligatio* (§. *78—87*), der die *arrha* verwandt ist (S. 483 unten und fg.); außerdem durch Eid: *l. 1. C. si adv. vend.* 2, 28. und dazu die *Auth. Frid. I.*; *cap. 8. 9. 15.* 28. *X. jurej. 2, 24.;* vgl. §. 2. *J. satisd. „juratoria cautio“*]. Die Sicherheit, welche Cautio heißt, ist aber überall eine durch Cautio in activem Sinn (cavere) entstandene Sicherheit; die Defensionspflicht der Mandanten, Väter ꝛc. aus den actiones adj. qual. ist zwar Sicherheit, aber nicht Cautio, wogegen durch bloße Stipulatio, „per fidejussores“ („cum satisdatione“), „reis et pignoribus“ (personis et rebus, praedibus et praediis), durch Mandat, und wie wir sahen durch Eid „cavirt“ wird [*l. 20. D. jud. solv. 46, 7. l. 1. §. 4. D. praet. stip. 46, 5.; l. 25. §. 2. D. recept. 4, 8. l. 11. D. r. v. 6, 1; l. 9. §. 3, D. pign. act. l. 188. §. 1. D. v. s. 50, 16., Liv. XXII. 60; l. 32. D. mand. 17, 1.*]; erst Bürgen und Pfänder jedoch sind „ido-

41*

nea cautio“ (l. 59. §. ult. eod.), erst Bürgen aber (damals) „genug“ (satisdatio). Bloße Stipulation sicherte den Anspruch dadurch, daß sie ihn klagbar (l. 1. §. 1. D. nov. 46, 2; S. 268, 2. Abs.), oder klagbarer machte (S. 373. §. 92. l. 1. §. 2. D. praet. stip.: „— ut sit nova actio —“); Stipulationsurkunden — Schuldscheine — hatten lange den Namen, weil Theil am Verdienst der cautio (z. B. l. 4. C. exc. n. n. p. 4, 30. l. 25. §. 4. D. prob. 22, 3.); allmälig alles Verdienst (S. 421. Z. 14. v. u. u. fgg.): so sind auch unsere Schuldscheine nicht blos als Beweis-Urkunden Cautionen (S. 420. §. 100.). Obligationen zu Cautionen sind seltener (S. 489. Z. 8. S. 493. in med. l. 112 §. 1. D. V. O.); häufiger Cautionszwang (necessariae cautiones: [l. 7. §. 1. D. qui satis dare cogantur 2, 8. oder prätorische Stipp. S. 107. §. 34.) und freiwillige Cautionen.

7. Aufhebung.

§. 148.

Der obligatio als Bindung entspricht solutio als Lösung. Der natürlichen Bindung eine natürliche Lösung, der förmlichen eine förmliche (l. 35. D. r. j. l. 80 l. 107. D. sol. 46, 3. l. 95. §. 4. eod. Gaj. III. §. 170. §. 173.). Die natürliche Lösung geht mitunter vom Gegenstande der Obligation aus [*l. 107. D. h. t. 46, 3: „— obligatio . . . resolvitur . . . naturaliter . . . cum res . . . in rebus humanis esse desiit* z. B. *l. 23. l. 24.* D. v. o. 45, 1; *l. 5. §. 2. D. resc. vend. 18, 5. Genus interire non censetur:* z. B. *l. 1. §. 4. D. o. e. a. l. 42. D. j. d. 23, 3*; doch s. *l. 37. D. v. o.* Vgl. S. 589. §. 137. 1.]; mitunter von den Personen [Tod: §. 93. S. 387. 2. Abs. S. 388. a. E.; — §. 111. S. 475. 2. Abs.; — *l. 4. D. ann. leg. 33, 1. „— hanc inesse conditionem, si vivat —“; — l. 38. §. 10 — §. 12. D. v. o.*]; — die natürlichste der natürlichen aber, und die häufigste, vom Zwecke: die Erfüllung nämlich. So mag denn das Wort solutio („solutionis verbum“) „omnem liberationem quoquo modo factam“ umfassen (l. 54. D. h. t.), und darum, wenn es noth thut, jede Liberation unter das „solvere“ gebeugt werden (l. 4. §. 3. §. 7. D. re jud. 42, 1.): sein täglicher Gebrauch hat sich auf die Erfüllung der Obligatio zurückgezogen [*l. 176.*

D. v. s. „— *solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit* —" vgl. z. B. die Formel der Serviana S. 335.]; für den allgemeinen Begriff der Lösung ward ein gleich umfassendes „Wort" nothwendig [*l. 47. D. v. s. Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis. — D. de solutionibus et liberationibus*]. In noch engerem Sinne — als nummorum solutio: l. 54. cit. — und Schuldenabtragung — pflegt unsere „Zahlung" gebraucht zu werden.

Es ist aber die „Zahlung („nummorum solutio") 1) datio, und zwar datio c. S. [*l. 11. §. 2. D. a. e. e. v. 19, 1.* „— *emtor .. nummos venditoris facere cogitur.* Consequenzen: *l. 17. D. h. t. 46, 3; — l. 14. §. ult. eod. l. 9. §. 2. D. auct. et cons. tut. et cur. 26, 8. §. 2. J. quib. al. lic. 2, 8;* S. 42. *γ.* S. 45. *c. α.; — l. 87. D. h. t.; — l. 98. pr. eod.:* „— *si ea res evicta sit .. ex .. promissione agere posse* —"]; allein hier, wie bei der credendi causa (S. 390. Z. 8 fg.), ersetzt der Erfolg das Recht [*l. 98. pr. cit.: „harum .. rerum solutio .. potest .. ex eventu liberare: scilicet, quo casu certum erit, remanere eas." l. 17. l. 14. §. ult. citt. l. 19. §. 1. D. r. cr. 12, 1; l. 60. D. h. t.*]; es kommt mehr auf das Bekommen als auf das Geben (l. 61. l. 28. l. 34. §. 9. eod.), mehr auf das Behalten als das Erhalten an (l. 20. l. 55. eod.).; — — 2) liberatio; darum weder an einen Anderen als den Gläubiger, noch an den Gläubiger selbst überall und ohne weiteres möglich [*l. 39. D. neg. gest.; l. ſ9 — l. 11. l. 106; l. 12 — l. 14. pr. l. 38. §. 1. l. 49; l. 14. §. 1 — §. 7. D. h. t. l. 25. C. adm. tut. 5, 37; l. 28; l. 22. D. h. t.; — l. 15. l. 47. pr. eod.; l. 7. §. 2. l. 32. min. 4, 4.* S. 42. *γ.;* S. 45. *c. α.*]; der Gläubiger des Gläubigers hat zwar keine Macht zu lösen, allein der Schuldner meistens ein Anrecht, daß dieser die Zahlung an jenen genehmige (l. 6. D. dol. m. exc. 44, 4. vgl. l. 11. §. 5. D. pign. act. 13, 7.). Eine aushülfsweise Vollmacht hat das Gericht [„*si per creditorem steterit, quominus solvantur (pecuniae)" l. 19. C. usur. 4, 32.,* — was nicht blos im Fall einer *mora in accipiendo (arg. l. 2. l. 9. C. eod.; l. 9. C. solut. 8, 43. „si eo loco etc.; l. 41. §. 1. D. usur. 22, 1.,* wogegen *l. 21. D. r. cr. 12, 1. cf. l. 4. §. 6. D. statut. 40, 7.* Mommsen, Mora, S. 146 — S. 150.), sondern auch in dem der Abwesenheit des

Gläubigers (*l. 6. C. usur.*), oder eines Gläubigers (*l. 18. §. 1. D. usur.*), oder eines hinreichenden Gläubigers (*l. 7. §. 2. D. minor. 4, 4. l. 56. §. 1. D. mand. 17, 1.*) der Fall ist]. Nur die Befreiung vom Gläubiger, nicht die des Schuldners erfordert eine Vollmacht (l. 23. l. 40. D. sol. pr. J. quib. m. toll. o. 3, 29.). — Das Ganze der Zahlung ist ohne den Willen zu zahlen nicht möglich (vgl. l. 55. D. sol.); auch darüber, welche von mehreren Schulden gezahlt sein soll, entscheidet zunächst der Wille des Zahlenden; dann der des Gläubigers, jedoch nur „ut in re sua constitueret" und „in re praesenti"; und endlich das Recht (l. 1 — l. 8. D. eod. l. 1. C. eod. cf. l. 101. D. §. 1. eod.). Die datio in solutum s. S. 546; die freiwillige in pr. J. h. t. 3, 29. vgl. auch S. 595. Z. 3.

Die förmliche Lösung beruht wie die förmliche Bindung (S. 376. Z. 10.) in einem förmlichen Willen; in unseren Quellen also nur mehr in verbis [*l. 1. D. acceptilatione 46, 4.*]; nur verba können verbis gelöst werden (l. 8. §. 3. l. 19. pr. cf. l. 8. pr. D. eod.). Auf Erfüllung kommt es, wenigstens nach förmlichem Rechte (jure, jure civili), dabei nicht an, wiewohl die Form der Natur nachahmt, einen Empfang darstellt oder vergibt (l. 7. l. 8. in fin. l. 9. l. 18. §. 1. eod.) und also Acceptilatio heißt. So wenig es unter uns Verbalobligationen gibt, so wenig haben wir die Acceptilatio. Mit demselben Rechte dagegen, mit dem wir nach dem Vorgange Bährs den Schuldschein an die Stelle der Verbalobligation gesetzt haben (§. 100.), — mit demselben können wir nunmehr, ebenfalls nach dem Vorgange Bährs (die Anerkennung, §. 58 — §. 66. bes. S. 234 unten, S. 237 unten u. S. 238; S. 244. S. 245; S. 249 u. S. 253. Anm. 5.), und aber auch schon Pfordten's (Abhandlungen aus dem Pandektenrecht, S. 299 fg.) an die Stelle der Acceptilation unsere Quittung setzen. Die Acceptilation ist nichts als eine mündliche Quittung, in Frage und Antwort; die Ausstellung einer Quittung ist nichts als eine schriftliche Acceptilation, ohne Frage und Antwort. So wenig wie bei der Acceptilation ist bei der Quittung wirklicher Empfang nothwendig; dagegen so nothwendig wie bei der Acceptilation eine bestimmte Form — Schrift (wogegen Pfordten). Ist unsere Quittung demnach nicht minder als die Acceptilation

ein Formalvertrag, und also ipso jure selbst sine causa Liberation, so ist sie doch mangels causa der Anfechtung durch condictio (l. 4. D. cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 8. §. 8. D. ad SC. Vell. 16, 1. l. 24. l. 35. §. 6. D. m. c. d. 39, 6.), und Replik (vgl. Bähr, a. a. O. S. 109 unt.), und überdies einer querela und replica pecuniae non numeratae nach Analogie der querela und exceptio n. n. p. gegen die Schuldscheinforderung ausgesetzt [S. 425 unten — S. 430; — *l. 14.* §. 1 — §. *3. C. n. n. pec. 4, 30. l. 4. C. apoch. publ. 10, 22.*]. — Neben der Acceptilation, und mit ihr zusammengestellt, kommt die Befreiung durch pactum de non petendo (§. 41.) vor (l. 1. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42, 8. l. 63. D. h. t.). Auch sie greift ohne Erfüllung Platz: ja nach l. 1. D. transact. (2, 15.) überall donandi causa (vgl. l. 15. pr. ad l. Falc. 35, 2.); indessen erhellt aus l. 28. §. 1. §. 2. l. 51. pr. §. 1. D. h. t. (2, 14.) klar, daß sie, gleich der Acceptilation (l. 81. §. 5. D. leg. I. l. 23. D. accept.) nicht selten, wo nicht gegen Zahlung, so doch gegen anderweite Befriedigung oder Deckung, namentlich auch wegen Gegenforderungen und zufolge Abrechnung (l. 51. pr. §. 1. cit.) vorkam. Dagegen ist das pactum d. n. p. formlos (l. 2. pr. §. 1. cf. l. 3. D. h. t.; l. 27. §. 9; l. 30. §. 1. §. 2; l. 35. D. h. t. cf. l. 67. §. 3. D. cond. ind. 12, 6. l. 40. pr. D. h. t.) und auch kein Formalvertrag; ohne wirkliche causa ist es nicht blos ope exceptionis, sondern ipso jure wirkungslos [*l. 51. pr.* §. *1. D. h. t.; l. 35. eod.* beweist das Gegentheil, welches Bähr a. a. O. S. 115. will, so wenig als etwa *l. 7.* §. *11. l. 27.* §. *2. eod. l. 15. pr. D. ad leg. Falc.*]. Wenn aber von Bestand, ist auch das pactum d. n. p. sowohl in Fällen, wo es ipso jure (§. 41.), als da wo es ope exceptionis wirkt, vorausgesetzt nur, daß es gegen Forderungen (in pers. actiones) gerichtet ist, — dem Erfolge nach nicht blos gegen die Actio (vgl. Scheurl, Beitr. II. S. 17. gegen O. Wölderndorff, z. L. vom Erlaß), sondern gegen die Schuld überhaupt gerichtet, und u. E. nicht minder als die Acceptilatio ein wahrer S c h u l d e r l a ß [dagegen Scheurl a. a. O.; wider diesen aber Arndts, P. §. 267. Anm. 1. *b.* und die von Arndts hervorgehobenen *l. 33. C. transact. 2, 4. l. 5. C. remiss. pign. 8, 25. (26.) Debitum — quod per pacti conventionem — r e m i s i s t i —*

cf. l. 55. D. v. s.; ferner *argg. l. 40.* §. *2. D. cond. ind.;* S. 573. Z. 1.]; die blos auf formalem Grunde beruhende Erscheinung, daß man eine durch pactum d. n. p. nur ope exc. beseitigte Schuld durch ein pactum ut petatur gewissermassen wiederaufleben lassen konnte (S. 133 oben), vermag jene Thatsache der effectiven Vernichtung vor Abschluß des Gegenvertrages nicht aufzuheben. So scheint uns denn das (gegen Forderungen abgeschlossene) pactum d. n. p. mit der Acceptilatio gemeinschaftlich unter den Begriff des Schulderlasses zu fallen; sich von letzterem aber nicht blos als unförmliches Geschäft von dem förmlichen — was für unser heutiges Recht gleichgiltig wäre —, sondern insbesondere dadurch zu unterscheiden, daß jene ein Formalvertrag ist, dieses nicht; und darin liegt etwas auch für unser Recht. Denn wie das pactum d. n. p. der Acceptilation, steht nunmehr ein beliebig anderweitiger Schulderlaß der Ausstellung einer Quittung gegenüber: dem förmlichen und formalen ein unförmlicher und unformaler Erlaß. — Endlich erscheint neben Acceptilation und pactum de non petendo noch der contrarius consensus — auch ein pactum conventum: l. 27. §. 2. D. pact. l. 1. l. 5. pr. D. resc. vend. et quando licet ab emtione discedere (18, 5.) — (l. 80. D. solut.); allein nicht mehr als Schulderlaß, sondern als Auflösung gegenseitig eingegangener, noch nicht zu Schulden gediehener Verpflichtungen [*l. 2. D. 18, 5. „— potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emtio, — post pretium solutum infectam emtionem facere non possumus. l. 3. eod. — contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta l. 5.* §. *1.* §. *2. eod.*]; darum muß, wenn einerseits erfüllt, und also anderseits eine Schuld erwachsen ist, zuvor alles in die alte Lage gebracht werden (l. 1. l. 2. C. quando liceat ab emt. disc. 4, 45. l. 58. D. pact.).

Der natürlichen Lösung steht aber nicht blos die förmliche, sondern überhaupt die „civile" gegenüber (l. 107. D. h. t.); darunter vielleicht jede, deren Dasein mehr aus dem Rechte, als aus der bloßen Natur stammt. Also mag man der natürlichen Lösung auch die durch Novation (§. 129.), Kündigung (S. 467; S. 475 fg.; S. 506. Z. 12.), Verwirkung (l. 12. D. quod met. c. 4, 2. S. 50 unten; l. 23. C. mand. 4, 35. S. 569 unten; Nov. 72.

c. 5; c. 1. 2. 4. vgl. Unterholzner, Schuldverh. I. §§. 239. 240.), s. g. concursus causarum lucrativarum (l. 17. D. o. et a. §. 6. §. 9. J. leg. 2, 20. l. 34. §. 7. §. 8. l. 82. pr. l. 84. §. 2. l. 108. §. 4 — §. 6. D. leg. I. etc. vgl. Mommsen, Unmögl. S. 256. W. Sell, über die r. r. Aufhebungsart der OO. durch c. d. c. l. 1839.), sogar Confusion (l. 107. l. 93. l. 95. §. 3. l. 38. §. 5. D. h. t.), — ferner diejenigen Aufhebungsarten entgegenstellen, welche wie Zeit und Bedingung, pactum de non petendo (§. 41.) und Vergleich (§. 42.), Eid (§. 43.), res judicata (§. 45. §. 46. und §. 129. S. 556 — S. 560.), Verjährung (§. 47. §. 48.) und i. i. restitutio (§§. 36—39) nicht blos modi tollendi obligationem, sondern auch außerhalb der Obligationen wirksam sind.

Innerhalb der Aufhebung der OO. spielen noch Gegensätze, die weder mit denen von naturalis und civilis solutio, noch unter sich zusammentreffen: die ipso jure und ope exceptionis — die mit verbleibender naturalis obligatio, und ohne diese (S. 133 a. E. des 1. Abs. u. §. 133.) — eine ordentliche und außerordentliche (i. i. r.).

Für den Gläubiger am wichtigsten ist aber der Unterschied, ob die Aufhebung der Forderung zugleich Erfüllung sei. Allgemeiner als Erfüllung (solutio e. S.) ist Befriedigung (satisfactio), welche mit manchen modis tollendi obligationem gegeben ist, oder gegeben sein kann, die nicht Erfüllung, wohl aber loco solutionis oder tanquam solutio sind [S. 570. Z. 10. S. 338 unten, S. 339; bezüglich der Confusio dazu noch *l. 71. l. 50. D. fidej. 46, 1. l. 95. §. 8. D. solut. l. 21. §. 1. D. lib. leg. 34, 3. etc.* Ribbentrop, C. O. S. 25. Anm. 3.]. Ueberhaupt gibt es Aufhebungen mit und ohne Befriedigung; es gibt aber auch eine Befriedigung ohne Aufhebung — Compensation.

§. 149.

Die Compensation kommt in zweifacher Weise vor: einmal als Handlung, Geschäft [*„facto hominis“*, wie die Glossatoren sagten, — vgl. meine Lehre v. d. Comp. 1849. §. 2.]; dann aber — wie wir nun mehr zugeben müssen — auch von selbst, ipso jure [*„ipso jure compensari“ l. 21. D. h. t. cf. l. 10. pr. l. 4. eod. l. 4. C. h. t. 4, 31.*], derart nämlich, daß sie mit

dem Dasein der Gegenforderung, kraft Rechtens, sine facto hominis, da ist, so vollkommen und fertig, wie einst Martinus, und später fast Alle lehrten (m. L. v. d. C. §. 2.), nicht in der bedingten, unentschiedenen Weise, wie auch schon von den Glossatoren (vgl. Dernburg, H., die Comp. 1854. S. 284.), vorzüglich aber in unseren Tagen gelehrt wird, wornach erst von selbst compensirt sein soll, wenn es die Parteien wollen (nachdem also nicht von selbst compensirt ist — vgl. darüber Vang. III. §. 618. Anm. 1. III. 3. bes. S. 384. 6. Aufl. 1856. und die dort Agff.). Nichtsdestoweniger müssen wir, im Gegensatz zu der alten wie der neuen Lehre festhalten, daß Forderung und Gegenforderung sich niemals und in keiner Weise von selbst aufheben; wir kommen nunmehr mit den Alten darin überein, daß von selbst compensirt werde, läugnen aber nach wie vor, daß Forderung und Gegenforderung sich von selbst aufheben. (Aehnlich Scheurl, Beitr. I. S. 169.)

Aller und jeder Compensation liegt das allgemeinere Wesen des Retentionsrechtes zu Grunde [nach Dernburg a. a. O. S. 195. wären Comp. u. Ret. „diametral entgegengesetzte Institute"; vgl. aber z. B. *l. 4. D. h. t. — quod ex compensatione reus retinere potest — l. 20. eod. „jure compensationis retinere —"*]. Dieses besteht darin, daß der um irgend eines Rechtes willen Angesprochene mit dem, was er geben oder thun soll, zurückhalten darf, bis er um eines Gegenanspruches willen befriedigt ist (z. B. S. 245. Z. 9.). Verstärken wir diese Befugniß bloßen (zeitweiligen) Zurückhaltens zu der Befugniß (immerwährenden) Zurückbehaltens, so möchte damit das Wesen der Compensation getroffen sein; ihre weiteren Unterschiede von dem Retentionsrechte — Gegenseitigkeit und Gleichheit folgen dann von selbst; ohne daß auch der Andere zurückbehalten dürfte, würde die C. nicht compensatio, ohne daß er gleich viel zurückbehielte, würde sie nicht „aequitas" sein [*l. 6. C. h. t. „compensationis aequitatem" l. 36. D. adm. tut. 26, 7; l. 11. D. h. t. „concurrentis apud utrumque quantitatis" l. 4. C. eod.*]; ja wenn ohne weiteres (sine facto hominis) soll zurückbehalten werden dürfen, wird nicht blos gleich viel, sondern ein Gleichgültiges, darum völlig Gleichartiges (par species, Paul. R. S. II. 5, 3.), mithin eine Quantitätenschuld beiderseits vorhanden sein müssen [vgl. *Gaj. IV. 66. l. 4. C. h. t. Si constat pecuniam*

invicem deberi —]. Die von selbst eintretende C. nun geht in diesem gegenseitigen und gleichmäßigen Zurückbehaltendürfen auf; sie ist mit dieser Befugniß identisch; was wir einst „das Recht der Gegenforderung" im Gegensatze zur Compensation nannten (m. L. v. d. C. §. 50.), und Dernburg (§. 38.) und Vangerow (a. a. O.) noch so, oder in ähnlicher Weise (Compensabilität) nennen, — ist selbst Compensation, darin und lediglich darin bestehend, daß bis zur gegenseitigen Deckung der Forderungen keiner zu zahlen schuldig ist [*l. 4. D. h. t* „— *quod ex compensatione reus retinere potest* —" „— *ipso jure eo minus .. debere* —" und insoferne „*desinere nos invicem esse obligatos*" und „*factam videri . . ipso jure . . liberationem*" *l. 10. pr. eod.;* vgl. auch *l. 3. eod.* „*non solvere*"]; Zinsensistirung und Condictionsrecht folgen von selbst [*l. 11 eod. l. 4. C. eod.;* — *l. 10. §. 1. eod. l. 30. D. cond. ind. 12, 6. cf. l. 13. C. h. t.*]. Denken wir die Compensation als Retention, so versteht sich von selbst, daß sie von selbst da ist Tilgung der Obligationen aber ist damit noch nicht gegeben; es folgt dies weder aus dem Worte (über das Wort s. Dernburg a. a. O. §. 2.), noch aus der Natur der Sache [da die C. als Retention Forderungen voraussetzt, nicht tilgt], noch aus den Quellen, die vielmehr zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führen [*l. 21. D. h. t.* „— *id quod invicem debetur, ipso jure compensari* —" *cf. l. 5. l. 11. D. l. 4. C. eod. etc.;* — *l. 10. D. duob. reis 45, 2. cf. l. 18. §. 1. l. 16. pr. D. l. 9. C. h. t.;* weitere Argumente, z. B. aus *l. 7. §. 1. D. eod. l. 1. §. 4. D. contr. tut. 27, 4.* — vgl. m. L. v. d. C. §. 1. Vang. a. a. O. §. 618. — gehen nicht unmittelbar auf von selbst eintretende Compensation]. Die Lehre von der Selbstvernichtung gegenseitiger Forderungen, sowohl von der älteren als von der neueren, hat ihren Ursprung in einer falschen Auslegung, nicht des ipso jure (wie wir früher meinten), sondern des compensari, indem man darin nicht blos ein gegenseitiges Zurückbehaltungsrecht, sondern überdies gegenseitige Tilgung der Forderungen erblicken zu müssen meint. So meint auch Dernburg wieder durch eine neue Interpretation des ipso jure — aus der es aber um das ipso verkürzt hervorgeht — helfen zu müssen [a. a. O. §. 32: der Schuldner

hat „ein Recht" zur C.]. — Die gerichtliche Geltendmachung der von selbst eingetretenen C. kann nach classischem Rechte zweifach gedacht werden. Denn wenn auch „von selbst" compensirt ist, kann diese Thatsache (daß Keiner mehr als den Ueberschuß zu zahlen schuldig ist) gleichwohl ope exceptionis (doli), nämlich dahin geltend gemacht werden müssen, daß mehr zu verlangen dolos sei. Nur müssen wir dabei stehen bleiben, daß es durch exc. doli nur zur Absolution des Beklagten, nicht auch zu einer bloßen minutio condemnationis (deductio, compensatio im anderen Sinne des Wortes) kommen konnte [s. dag. jetzt vorzüglich Dernburg a. a. O. §§. 20—22, von dessen Argumenten *l. 17. §. 2. in fin. D. ad SC. Vell.* das untrüglichste wäre, wenn wir dem *„pro parte"* trauen dürften; s. dag. Scheurl, Beitr. I. S. 188.]; sowie dabei, daß gegenüber dieser exceptionellen Geltendmachung zwar immerhin von einer „von selbst" eintretenden C. die Rede sein könnte, der Römer dagegen hier schwerlich von einem ipso jure compensari gesprochen haben möchte. Soweit wäre die Form der gerichtlichen Geltendmachung unserer C. der eines bloßen Retentionsrechtes gleich. Der Satz, daß Beklagter nicht mehr als den Ueberschuß zu zahlen schuldig ist, kann nun aber vielleicht jure (civili) selbst gegründet sein; dann wird die Thatsache, daß er nicht mehr schuldig ist, ohne exceptio (ipso jure im formellen Sinne), bei der incerta actio vielleicht zu geringerer condemnatio (minutio condemnationis), bei der certa actio aber zur Sachfälligkeit wegen pluspetitio geführt haben, wenn zuviel eingeklagt wurde. Es ist nun kein Zweifel, daß das classische Recht alle diese Formen der Geltendmachung aufweist: eine Geltendmachung ohne exceptio, mit Minderung der Condemnation bei Gegenansprüchen ex eodem negotio, in b. f. judiciis (Gaj. IV. 61. §. 30. J. act. 4, 6. l. 7. §. 1. l. 10. pr. §. 1. D. h. t.); eine Geltendmachung ohne exceptio, mit der Nothwendigkeit ein Minus zu intendiren, bei Schuldforderungen der Argentarier (Gaj. IV. 64—68.); endlich eine Geltendmachung durch exceptio bei den strengen Klagen Anderer (m. L. v. d. C. §. 26.); namentlich ist zugegeben worden, daß in unseren Quellen noch ein Zeugniß für die abweisende Wirkung der exceptio doli vorkommt (l. 2. D. h. t. vgl. Dernburg, a. a. O.

S. 184.). Man sieht jedoch, daß so weit gerade in denjenigen Fällen, in welchen die von selbst eintretende Compensation ihr Hauptgebiet hat — da wo Schulden, Geldschulden, „ex dispari causa", strenge Schulden, sich gegenüberstehen —, das Dasein einer von selbst eingetretenen C., ein beiderseitiges Nichtschuldig, noch nicht allgemein ipso jure anerkannt war. Wenn nun aber diese allgemeine Anerkennung — was man doch wohl nicht in Abrede stellen wird — noch in classischer Zeit erfolgt ist [*l. 21. D. h. t. Posteaquam placuit inter omnes* — nicht *posteaquam inter omnes placuit — id quod invicem debetur ipso jure compensari etc.*], und also Beklagter die vor Gericht wider ihn erhobene Forderung ipso jure nicht, oder nicht ganz zu zahlen schuldig war, so mag unsere Behauptung, daß von nun an bei gleichartigen Schuldforderungen auch in str. j. judiciis nicht mehr blos gegen den Argentarius, sondern überhaupt [mag „*inter omnes*" nun auf die Juristen, oder wie wir noch immer glauben, auf alle Leute gehen; — gegen Dernburg S. 331. halte *l. 52. §. 7. D. pro soc.*, wo „*inter eos placet*" einen Vertrag bedeutet] zur Geltendmachung der C. keine exceptio mehr nothwendig geworden sei (m. L. v. d. C. §. 29.), neben der herrschenden Ansicht, daß fort und fort ope exceptionis compensirt worden, ja noch so zu compensiren sei, — noch immer einiges für sich haben; und wenn nun Beklagter seine Schuld wegen Gegenforderung ipso jure ganz oder zum Theil bestreiten konnte, dann scheint unsere andere Behauptung, daß die Klagform, deren sich in solchen Fällen der Argentarius zu bedienen hatte, gemeinrechtliche Klage geworden sei (m. L. v. d. C. §. 29. §. 30.), für einen classischen Prozeß innerlich nothwendig, und äußerlich gestützt nicht nur durch jenes „inter omnes", sondern sicherer durch das „ab initio minus .. petitur" in l. 21. cit. [*cf. Gaj. IV. 64. . . ab initio . . minus intendit sibi d. o. . .*], ferner durch l. 4. D. h. t. [„— *quum totum peto . . male peto* —" *cf. Gaj. IV. 68.* „— *ut si . . . plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat* —"]; und endlich Paul. R. S. II. 5. §. 3. [„— *compensare . . debes; si totum petas, plus petendo causa cadis* —], eine Stelle, hinter welcher auch Dernburg S. 248., wie schon früher B. Hollweg (Rh. Mus. f. Jurispr. I. S. 285. not. 22.) die Wechs-

lerklage erblickt, wiewohl sie auf Alle lautet. So viel für jetzt über die von selbst eintretende Compensation.

Die C. durch Handlung — Compensationsgeschäft — kann zu der von selbst eingetretenen C. hinzukommen; aber auch da, wo bisher nichts compensirt ist, vorkommen. Von besonderem Interesse dünkt uns das Compensationsgeschäft im letzteren Falle; denn da müssen wir es nothwendig zwischen Ansprüchen denken, die keine Forderungen, oder doch keine Quantitätenforderungen, oder doch keine gleichartigen Quantitätenforderungen sind; denn sonst müßte ja von selbst compensirt sein. Also da, wo von selbst keine C., sondern nur Retentionsrecht möglich ist, kann das Compensationsgeschäft vorkommen. Darauf, daß in Fällen bloßen Retentionsrechtes eine gewisse Compensation vorkommt, legen wir ungewöhnlichen Nachdruck; möglich daß, was einerseits als „maßlose Kühnheit“, und anderseits als vergebliche „Mühe“ bezeichnet wurde (Vangerow, a. a. O. S. 379. 2. S. 386 unt.) von hier aus besonnener und erfolgreicher scheint. — Vor allem ist es das außergerichtliche Compensationsgeschäft, welches, als ein Vertrag, oder als Inbegriff mehrerer Verträge, auch in Fällen bloßen Retentionsrechtes vorkommen kann (vgl. Dernburg §. 44.); denn wenn zwischen beliebigen Ansprüchen auch nicht einmal Retentionsrecht bestünde, könnten sie durch vertragsmäßige Aestimation und Novation in Geldforderungen umgesetzt und zur Abrechnung gebracht werden. — Als einen richterlichen Act aber finden wir das Compensationsgeschäft bereits auf Anlaß von Gegenansprüchen ex eadem re bei in rem actiones, und zwar neben einer exceptio doli (S. 245. Nr. 2. s. bes. l. 48. D. r. v. 6, 1. cf. l. 27. §. 5. eod.; l. 33. D. cond. ind.). Diese Gegenansprüche berechtigen von selbst nur zur Retention; für den Fall daß Kläger aus bloßer Hartnäckigkeit auf Herausgabe des Seinigen bestehen sollte, ohne den Gegner befriedigen zu wollen, ist letzterem eine exceptio doli gewährt; ohne diese könnte der Richter den Kläger nicht abweisen. Vielleicht aber ist dieser nicht im Stande, den Gegner zu befriedigen; hier wird eine Vermittlung nothwendig; der Richter soll auch ästimiren und compensiren können (l. 38. in fin. D. r. v.). Er kann dieses, ohne daß eine exceptio doli gegeben ist; er

kann es trotzdem daß sie gegeben ist; nicht durch sie, sondern kraft seines Amtes. Die exc. doli ist dazu da, daß er abweisen, nicht daß er compensiren kann [*l. 11. D. nox. act. 9, 4: „— doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur, ut indemnis maneat*]. — Auch Anspruch und Gegenanspruch ex eodem b. f. negotio müssen nicht immer derart sein, daß sie von selbst compensirt werden (z. B. l. 18. §. 4. D. commodati 13, 6.); und sollten sie auch gleichartig sein, so wird es zunächst leicht an Bestimmtheit ihrer Größe, damit an der Möglichkeit einer sich von selbst erledigenden Compensation fehlen [z. B. *l. 61. l. 27. pr. D. loc. cond. 19, 2*; nicht umsonst ist in *l. 10. pr. D. h. t. „par negligentia“* gefordert]; ja das Verhältniß von Forderung und Gegenforderung kann hier so sein, daß auch der Richter zu keiner Compensation greifen darf, sondern dem Retentionsrechte seinen Lauf lassen muß (vermittelst exceptio doli: l 5. C. evict. 8, 45. — oder in factum exceptio: l. 5. §. 4. D. dol. exc. 44, 4. l. 25. D. a. e. e. v. Gaj. IV. 126.); so wenn Verkäufer vor der Tradition, Käufer ohne Offerirung des Kaufschillings klagen wollte (s. oben S. 497. 2. Abs.; vgl. S. 503. 2. Abs.), vielleicht überall da, wo wie hier die Compensation vielmehr zu einer Aufhebung des Contractes, als zur Vereinigung gegenseitiger Schulden führen würde; überall da, wo die Neueren von „exceptio non adimpleti contractus“ sprechen, vielmehr allein — wenn überhaupt — sprechen sollten [vgl. über diese s. g. *exc. n. a. contractus* Sintenis, pract. gem. Civilr. II. §. 97. Anm. 61., woselbst die Literatur. Puchta, Vorl. §. 232.]. Wo nun aber zwischen Anspruch und Gegenanspruch in b. f. j. die Compensation aus dem gedachten Grunde nicht ausgeschlossen ist, kann sie der Richter zu Handen nehmen, selbst wo an sich bloßes Retentionsrecht vorliegt, zur Vermittlung und Schlichtung, wie bei in rem actiones. — Endlich muß auch zwischen ungleichen Schuldforderungen ex dispari causa noch in classischer Zeit Retentionsrecht aufgekommen sein [*arg. l. 30. D. cond. ind. 12, 6. cf. l. 51. l. 33. in fin. eod.* u. m. L. v. d. C. S. 122 fg.; *l. 4. C. commodat. 4, 23. Diocl. et Max.; arg. l. 1. §. 4. D. quae sent. sine app. 49, 8. „prius quam de mea quoque petitione judicetur“*, für die spätere Zeit s. *l. 11. C. dep. 4. 34.*]. Hier zu dsti-

miren und zu compensiren — dieses Vermittlungsamt, wie es im Officium des Richters in arbiträren Klagen schon an und für sich lag, läßt sich für den in str. j. judicio als etwas Ursprüngliches nicht denken; allmälig aber mag es aufgekommen sein, nämlich nachdem retentionshalber exceptio doli in die Formel eingestellt wurde. Nicht als ob diese exceptio selbst statt der exclusiven Fassung (Gaj. IV. 119.) irgend eine vermittelnde bekommen hätte; oder als ob man die Logik der Formel be Seite geschoben und aus Billigkeit minutionem condemnationis an die Stelle der exclusio condemnationis gesetzt hätte; gerade darin, daß die eingestellte exceptio exclusive Kraft hatte und behielt, scheint uns der Anstoß zu dem fraglichen Vermittlungsamt selbst in str. j. judicio gelegen zu sein. Man mochte schließen, daß wer, nachdem exceptio doli eingestellt ist, gegenforderungshalber abweisen könne, auch das vermittelnde Minus, die Compensation, in seiner Macht habe. Wenn es nun in §. 30. J. act. heißt: sed et in str. j. judiciis ex rescripto D. Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur —, so mag hierin jener Schlußfolgerung die Sanction ertheilt worden sein. Dann müssen wir zwar widerrufen, daß in dem Rescripte nicht eigentlich von Compensationen, sondern blos von Retentionsrecht die Rede war; dagegen, daß die minutio condemnationis nicht per exceptionem doli erfolgte (m. L. v. d. C. S. 45 fg.), und daß dem Rescripte bloße Retentionsfälle wenigstens mit vor Augen lagen (m. L. v. d. C. §. 38. §. 39.), würde aufrecht bleiben. Für letzteres spricht schon der Zusammenhang, in welchem die C. in str. j. j. neben der in b. f. judiciis erwähnt wird. Ob bei dem Erlasse des Rescriptes auch an solche Fälle strenger Schuldforderungen gedacht war, in denen die C. von selbst eintrat, muß davon abhängen, ob damals der Satz, daß zwischen solchen ipso jure compensirt werde, schon Rechtens geworden war; eine blos exceptionelle Geltendmachung der C. halten wir, wie bemerkt, für unvereinbar damit, daß ipso jure compensirt wird. — — Wenn nach all dem Justinian in l. ult. pr. C. h. t. verordnet: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda —; so kann er damit nicht sagen wollen, daß alle Forderungen sich

von selbst compensiren; denn dann müßten sich auch alle Gegenansprüche gegen in rem actiones mit diesen von selbst compensiren — ein Unding! der Ausdruck ipso jure muß hier wenigstens lediglich in seinem formellen Gegensatze zu ope exceptionis gedacht werden; das zeigt schon die Verbindung des ipso jure mit den actiones. Den Worten des Gesetzgebers, daß nunmehr „in allen Actionen" die C. ipso jure geltend zu machen sei, liegt es nahe, daß schon vordem in einigen Fällen nicht erst ope exceptionis compensirt wurde; nach obigem war dies bei gleichartigen str. j. obligationes, und bei Gegenansprüchen ex eodem b. f. negotio der Fall; in allen anderen Fällen war, entweder um den Richter überhaupt erst zur Compensation zu ermächtigen (bei ungleichartigen Forderungen in str. j. j.), oder um ihm, wo Vermittlung mehr als billig schien, die Macht der Absolution wegen dolus zu gewähren, exceptio doli erforderlich. So müssen wir auch jetzt noch behaupten, daß es in l. ult. C. h. t. auf Fälle abgesehen ist, in denen an und für sich bloßes Retentionsrecht denkbar, und erst nach vorgängiger Schätzung die Compensation als Vermittlung möglich ist (m. L. v. d. C. §. 37.); daß die mit der exceptio doli noch immer Schroffheit gänzlicher Abweisung ein für allemal der vermittelnden richterlichen Compensation (wenn Kläger den Beklagten nicht selbst zufrieden stellen würde) weichen, dafür nun aber das Vorbringen der Gegenforderung an das Erforderniß der Liquidät geknüpft, in einigen Fällen aber ganz ausgeschlossen sein sollte [bezügl. der Liquidät s. *l. ult.* §. *1. cit.*, über ihre Geltung in der Praxis nun aber Dernburg §. 49.; Ausnahme: *l. ult.* §. 1. §. *2. cit. l. 11. C. dep. 4, 34.* §. *30. J. act. cf. l. 4. C. commodat. 4, 23.* m. L. v. d. C. S. 124.]. Wenn wir vermuthet haben, daß abgesehen von obigen Schranken das richterliche Compensationsrecht in Justinian's Zeit, was Art und Gegenstand des Anspruches und Gegenanspruches betrifft, keine Grenze gehabt habe (m. L. v. d. C. §. 39.), so möchte dies darum, daß es prozessualisch und materiellrechtlich ein bedenklicher Gewinn war (Arndts, P. §. 264. Vang. §. 618. Anm. 1. a. E.), „den Gesetzen" doch nicht „völlig fremd" sein. Aber allerdings ist eine Beschränkung des Gegenforderungsrechtes auf Ansprüche entweder ex eadem causa (in b. f. und in rem ac-

tionibus), oder zwischen Schuldforderungen im Zweifel vorzuziehen.

Das Compensationsgeschäft bezweckt übrigens mehr, als die von selst eintretende C. zu bewirken vermag: nicht blos (um beim Mangel eines begrifflichen Wortes ein bildliches zu gebrauchen) Abwägung, sondern auch Aufhebung der sich deckenden Forderungsgrößen, ja gewöhnlich noch überdies eine neue formale Constituirung des Schuldrestes. Indessen trägt es diese Kraft der Aufhebung wie der Constituirung nicht überall in sich selber; das richterliche Compensationsgeschäft entlehnt diese wie jene aus dem Urtheil (m. L. v. d. C. §. 49.). Das außergerichtliche scheint, wenigstens zwischen gleichartigen Schuldforderungen, zwar schon als formlose, wenn nur vertragsmäßige (cf. l. 51. §. 1. l. 52. §. 1. D. pact. 2, 14.) Abrechnung ein modus obligationes tollendi, und zwar eine Art gegenseitiger Zahlung [*l. 76. D. v. s. cf. l. 4. D. qui pot. 20, 4. l. 4. C. h. t. l. 20. §. 2. D. statut. 40, 7.* m. L. v. d. C. §. 43. s. dag. Dernburg, §. 52.], insoweit ein für sich stehendes, eigenthümliches, Geschäft zu sein; allein nicht leicht wird man Abrechnung pflegen, ohne sowohl der Tilgung der aufgehenden Schuldgrößen, als dem Dasein des Schuldrestes eine neue, von dem Dasein der alten Forderungen unabhängige Grundlage geben zu wollen; dieses ist unter uns durch förmliche (schriftliche) Abrechnung, welche einerseits die Bedeutung einer Quittung, anderseits die eines Schuldscheines hat (s. oben §. 101. S. 430 fg.), — bei den Römern war es durch Acceptilationen möglich (arg. l. 81. §. 5. D. leg. I. l. 23. D. accept. 46, 4.).

Sinnstörende Druckfehler und Versehen.

S. 20 Z. 16 von oben; anstatt c. 11: §. 2. lies: c. 10.

„ „ „ 18 „ „ „ a. a. O. lies: §. 256.

„ 24 „ 8 „ unten; vor genitores lies: ultimi.

„ 27 „ 17 „ oben; anstatt fidem lies: finem.

„ 40 „ 9 „ „ „ autoris lies: autoritas.

„ 45 „ 11 „ „ „ Unmündige lies: Minderjährige.

„ 46 „ 11 „ unten; „ §. 50. lies: §. 112.

„ 50 „ 4 „ oben; nach „schließt" lies: meist.

„ 54 „ 12 „ unten; anstatt §. 212. lies: §. 312.

„ 77 „ 16 „ oben; „ Usucstellen lies: Usuc. titeln.

„ 78 „ 17 „ „ „ ihrigen nennt sie lies: seinigen nennt es.

„ 104 „ 11 „ unten; vor Prädialss. lies: Urbanal-.

„ 118 „ 17 „ „ anstatt l. 24. eod. lies: l. cit.

„ 130 „ 11 „ oben; „ §. 39. lies: §. 40a.

„ 135 „ 7 „ „ „ §. 40. lies: §. 40b.

„ 144 „ 12 „ „ „ letzteren lies: Letzteren.

„ 181 „ 13 „ „ vor „decem" lies: usucapionem.

„ 218 „ 9 „ „ anstatt poss. lies: temporis.

„ 233 „ 10 „ „ „ l. 12. lies: §. 12.

„ „ „ 14 „ unten; „ §. 7. lies: §. 8.

„ 249 „ 5 „ „ „ 18. lies: 16.

„ 252 „ 17 „ „ „ 48. lies: 49.

„ 256 „ 15—17 von unten; anstatt rust.-urb. lies: urb.-rust.

„ 265 „ 15 von unten; anstatt dieser lies: diese.

„ 266 „ 16 „ „ das Komma zu tilgen.

„ 268 „ 14 „ „ anstatt dieser Obligg. lies: dieser Pflichten.

„ 278 „ 3 „ „ „ §. 199. lies: §. 190.

„ 281 „ 7 „ „ „ S. 268. lies: lies S. 266.

„ 288 „ 20 „ „ „ Verkaufes lies: Vorkaufes.

„ 291 „ 10 „ oben; anstatt sind sie lies: ist sie.

„ 294 „ 1 „ „ „ l. 7. lies: l. 1.

„ 297 „ 4 „ „ nach „Civilr." lies: XX.

„ 308 „ 15 „ unten; anstatt „Besitzverlust" lies: Besitz

„ 315 „ 16 „ „ „ §. 2. lies: §. 3.

„ „ „ 13 „ „ „ §. 320.b. lies: §. 320.h.

„ 323 „ 1 „ oben; „ Usufructuar lies: Gläubiger.

„ 325 „ 19 „ unten; „ S. 380 lies: S. 314.

„ 359 „ 13 „ „ „ creditoris lies: creditori.

„ 368 „ 12 „ „ „ Quasicontracten lies: Quasidelicten.

„ 391 „ 7 „ oben; „ Darlehensgläubiger lies: Darlehens-schuldner.

„ 394 „ 19 „ unten; „ §. 254 lies: §. 245.

„ 411 „ 10 „ oben; „ D. h. t. 12, 4. lies: D. pr. v. 19, 5.

„ 425 „ 18 „ „ „ in Wirksamkeit lies: außer Wirksamkeit.

„ 448 „ 16 „ „ „ es lies: sie.

„ 449 „ 17 „ unten; „ des lies: der.

„ 485 „ 3 „ „ „ l. 19. eod. lies: l. 19. D. c. e.

„ 492 „ 7 „ „ „ l. 45. D. h. t. lies: l. 45. D. eod.

